

La regulación y funcionamiento de las fundaciones. Las fundaciones de titularidad pública. Especial referencia a las fundaciones públicas sanitarias

Miguel Ángel Cabra de Luna

Secretario General de la Confederación Española de Fundaciones y Director Técnico de la Fundación ONCE*

I. EL DERECHO DE FUNDACIÓN EN ESPAÑA

1. Regulación preconstitucional

Para poder conocer con precisión la situación legislativa actual en materia de fundaciones hay que estudiar los antecedentes inmediatos, cuya nota característica es la de una regulación fragmentaria basada en la sedimentación.

1.1. La Ley General de Beneficencia de 1849 y su desarrollo reglamentario

Ley General de Beneficencia de 20 de junio de 1849¹ reconoció si quiera por la vía de la excepción, que posteriormente se convirtió en regla en la práctica, la existencia de fundaciones de beneficencia particular, como contrapuesta y complementaria a la que vino a denominarse la Beneficencia General (de carácter público) y por encima

* Texto de la Conferencia pronunciada en la sede del Tribunal de Cuentas el 30 de noviembre de 1999, en el marco del Programa del Ciclo de Conferencias del Curso 1999-2000, organizado por la Asociación de Funcionarios de Cuerpos Superiores al Servicio del Tribunal de Cuentas con la colaboración de la Comisión de Gobierno del mismo.

¹ Derogada expresamente, al igual que el Real Decreto de 14 de mayo de 1852 por el que se aprueba su Reglamento, por la Ley 30/94, de 24 de noviembre, de Fundaciones e Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General.

de lo prescrito por la Ley de 1820². A estos efectos el artículo 1 de la Ley de 1849 estableció: «*Los establecimientos de beneficencia son públicos. Se exceptúan únicamente y se consideran como particulares si cumplieren con el objeto de su fundación, los que se costeen exclusivamente con fondos propios, donados o legados por particulares, cuya dirección y administración esté confiada a corporaciones autorizadas por el Gobierno para este efecto o a patronos designados por el fundador.*»

Como ha expuesto DE PRADA, a consecuencia de esta normativa las fundaciones se instalan más en el mundo administrativo que en el civil y su regulación, confiada a un cúmulo de Instrucciones, Decretos, Ordenes, circulares, etc., contempla más sus relaciones con la Administración que su estructura, organización y funcionamiento.

De esta manera se dictan el Real Decreto de 14 de mayo de 1852 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley General de Beneficencia, el **Real Decreto de 14 de marzo de 1899** sobre reorganización de los servicios de la beneficencia particular e Instrucción para el ejercicio del Protectorado del Gobierno sobre aquélla y la Instrucción aprobada por el Real Decreto de 24 de julio de 1913, relativa a las fundaciones de enseñanza, educación, instrucción e incremento de las Ciencias, Letras y Artes (beneficencia particular docente).

El Protectorado surge como la vía de ejercer las funciones de control y vigilancia encomendada al Estado, configurada como control administrativo sobre las entidades privadas de interés público³.

En ambas Instrucciones y como un efecto péndulo, frente al intervencionismo legal anterior, se recoge la posibilidad de que por expresa voluntad del fundador puedan crearse, además de las existentes hasta ese momento, dos tipos adicionales de fundaciones: las denominadas «**a fe y conciencia**» (donde los patronos sólo tienen ante el Protectorado la obligación de declarar solemnemente el cumplimiento de la voluntad del fundador, acreditando que es ajustado a

² Situación que se compatibilizó a partir de la doctrina del Tribunal Supremo que se impuso con la Sentencia de 29 de octubre de 1861, que, frente a otras anteriores, cortó con las reversiones a las familias de los fundadores, que al hilo de la Ley de 1820 se estaban produciendo, respecto de las fundaciones en general y no sólo de las de carácter familiar, que era el sentido primigenio de la ley.

³ DEMICHEL, A.: *Le controle de l'Etat sur les organismes privés*, París, 1960, páginas 132 y siguientes. Para este autor, el «control administrativo» constituye una noción jurídica autónoma cuya idea esencial es que el control del Estado tiene por objeto el establecimiento de un orden económico y social positivo y no solamente la determinación de límites negativos al ejercicio de una actividad. Supone además la existencia de relaciones entre el Estado y el organismo privado controlado, a diferencia de lo que ocurre con la actividad de policía.

la moral y a las leyes) y las «**exentas de rendir cuentas, pero con justificación de cargas**», lo que supuso una gran flexibilidad frente al acorralamiento de las fundaciones que se mantuvo durante prácticamente todo el siglo XIX y parte del actual⁴ y ⁵.

1.2. El Código Civil de 1889: la fundación como persona jurídica

En el ínterin producido entre la Ley General de Beneficencia de 1849 y su desarrollo reglamentario primero y los Reales Decretos de aprobación de las Instrucciones ya citadas, de 1899 y 1913, se aprobó el **Código Civil de 1889**, que dentro del Libro I «De las personas», en su Título II, cuya rúbrica es «Del nacimiento y la extinción de la personalidad civil», destina el Capítulo II a las **personas jurídicas**, afectando parcialmente a las fundaciones los artículos 35 a 39 (inclusive). Se trata de una regulación exigua que debe ser completada con otras muchas disposiciones, a las que acaban remitiéndose los artículos referenciados (CAFFARENA, 1993:25).

El **artículo 35 del Código Civil** reconoce como personas jurídicas a las «fundaciones de interés público reconocidas por la ley». Surge así un nuevo sujeto de derecho, la persona jurídica fundacional (MALUQUER DE MOTES, 1988:197-229)⁶, cuya *ratio essendi* es la realización del fin fundacional marcado por la voluntad del fundador; asistimos, por tanto, al tránsito desde la fundación-donación como acto de liberalidad encuadrado en el ámbito de los derechos subjetivos del donatario, hacia la fundación-institución dotada de personalidad jurídica (YUSTE y DEL CAMPO, 1989:50). HEISE lanzó en 1807 la teoría jurídica de las personas jurídicas sobre la distinción entre corporaciones (*universitas personarum*) y las fundaciones (*universitas*

⁴ Estas figuras vinieron contempladas por los artículos 6 y 5 respectivamente, de la Instrucción de 14 de marzo de 1899 y por el artículo 4 del Real Decreto de 24 de julio de 1913. Posteriormente, el Reglamento de 1972 de las fundaciones culturales cortó con esta tradición, dejando las subsistentes y prohibiendo todas las futuras. Las primeras, es decir, las «a fe y conciencia», sólo en el caso de que el fundador hubiera excluido la intervención de la Administración en términos tales que la aplicación del Reglamento «supusiera el cumplimiento de una condición resolutoria» (Disposición Transitoria Cuarta del citado Reglamento).

⁵ Esta figura fue sancionada con abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre la que cabe destacar las Sentencias, de 28 de octubre de 1946, de 26 de diciembre de 1947, de 22 de diciembre de 1955, de 22 de octubre de 1957, de 9 de noviembre de 1958 y de 7 de mayo de 1987, entre otras.

⁶ Para conocer en profundidad este proceso, *vid.* MALUQUER DE MOTES, C.: *La fundación como persona jurídica en la codificación civil: De vinculación a persona (Estudio de un proceso)*, Universidad de Barcelona, Barcelona, 1988, págs 197-229.

rerum) distinción capital que permanece aún viva. De esta forma se consideró como persona jurídica sólo a aquella entidad que tenía vida independiente, una cierta permanencia y que además, por su interés público, merecía el privilegio de la personalidad (SAVIGNY, 1879:63-64).

A partir del Código Civil no se admiten en nuestro ordenamiento jurídico las fundaciones de interés particular, entre las que destacan las familiares⁷. De otro lado, la remisión a la ley nos pone en conexión con las disposiciones de beneficencia ya citadas y la posterior explosión normativa, que más adelante será estudiada. Asimismo el propio artículo 35 determina que la personalidad jurídica de las fundaciones «empieza desde el instante mismo en que, con arreglo a derecho, hubiesen quedado válidamente constituidas», lo que nos lleva de nuevo a las distintas vías existentes al respecto, ya que las fundaciones benéficas puras se constituyen y adquieren la personalidad con la sola celebración del negocio fundacional, sin que fuera necesario para ello la intervención de autoridad alguna; por el contrario, las fundaciones culturales exigen para la adquisición de la personalidad la inscripción en un Registro público, de acuerdo con los artículos 5 y 83 del Reglamento de 1972 (inscripción declarativa en el primer supuesto, *versus* inscripción constitutiva en el segundo)⁸.

⁷ CASTRO Y BRAVO, F. DE: «Sobre la pretendida validez de las fundaciones familiares» en *ADC*, 1953. En la famosa polémica que mantuvieron CÁRDENAS y CASTRO, el primero sostuvo la tesis favorable a las fundaciones particulares y familiares («Las fundaciones familiares del Derecho Privado», en *Revista Derecho Privado*, 1952, págs. 579 y sigs.), apoyándose en los siguientes razonamientos: 1) que si respecto a las asociaciones se admite la personalidad de las sociedades civiles y mercantiles parece que, junto a las fundaciones de interés público, debieran aceptarse las de interés particular; 2) que a ello autoriza el artículo 4 de la Instrucción de 1899, según el cual el Protectorado en las fundaciones que revistan carácter exclusivamente familiar respetará las competencias de los Tribunales de Justicia; 3) que con ello no se trata de eludir las limitaciones del artículo 781 del Código Civil, sino de adoptar una fórmula distinta.

Frente a estas tesis reaccionó DE CASTRO («Sobre la pretendida validez de las fundaciones familiares», en *Anuario de Derecho Civil*, 1953, págs. 644 y sigs.), alegando: 1) las Leyes desvinculadoras vedan terminantemente, y de modo general, las vinculaciones, y si se hace una excepción a favor de las fundaciones benéficas es porque en ellas se atiende a intereses públicos; 2) el precepto de la Instrucción de 1899 ha de interpretarse en el mismo sentido, pues históricamente tal significó que al Protectorado del Gobierno corresponde la defensa de las fundaciones benéficas, frente a las aspiraciones de los familiares del fundador y que, en cambio, en las de carácter exclusivamente familiar nada se hará para obstaculizar la desvinculación, dejando la cuestión a lo que decidan los Tribunales de Justicia.

⁸ O, dicho de otro modo, sistema de libre constitución en el primer caso y sistema de reconocimiento genérico o por disposiciones normativas en el segundo.

De acuerdo con el **artículo 37 del Código Civil**, la capacidad civil de las fundaciones se regulará «por las reglas de su institución, debidamente aprobadas por disposición administrativa, cuando este requisito fuere necesario»; en consecuencia, la voluntad del fundador plasmada en los estatutos de la fundación modulará su capacidad, que en todo caso se verá restringida por lo que determinen las disposiciones administrativas aplicables con carácter imperativo.

Asimismo el **artículo 38** dispone que «las personas jurídicas pueden adquirir y poseer bienes de todas clases, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles o criminales, conforme a las leyes y reglas de su constitución», añadiendo que los establecimientos de instrucción y beneficencia se regirán en este punto por lo que dispongan las leyes especiales.

En este punto hay que traer a colación la desvinculación y la regla desamortizadora, de la que ya se ha hablado con anterioridad en este mismo apartado, así como a la tipología de fundaciones «a fe y conciencia» ya estudiadas, que no deben solicitar autorización para enajenar y gravar bienes, entablar litigios, etc., que por el contrario rigen para el resto de las fundaciones.

Finalmente el **art. 39** del Código Civil regula la extinción de las fundaciones, al igual que la del resto de las personas jurídicas, determinándose las causas (expiración del plazo durante el cual funcionaban legalmente, por haber realizado el fin para el cual se constituyeron, o por ser ya imposible aplicar a éste la actividad y los medios de que disponían) y entrando en un período de liquidación sucesivo, siguiendo las pautas marcadas por el fundador; y en defecto de éstas se dedicarán los bienes relictos a «la realización de fines análogos, en interés de la región, provincia o municipio que principalmente debieran recoger los beneficiarios de la institución extinguida».

Aquí cabe plantearse la problemática planteada por «las cláusulas de reversión», contenidas en algunos estatutos de fundaciones y que permiten dar un destino particular (vuelta al patrimonio familiar) a los bienes de una fundación extinguida y que han sido apoyadas en línea jurisprudencial por determinadas sentencias del Tribunal Supremo (entre las más actuales cabe mencionar las Sentencias de 23 de julio de 1964 y de 6 de junio de 1987), pues el artículo 39 del Código Civil hace referencia expresa a la voluntad del fundador («cláusulas fundacionales») y en ningún momento exige la utilización de los bienes procedentes de la extinción para fines de interés general, salvo que se haga operar la cláusula de interés público. No deja de ser éste un tema controvertido sometido a polémica, pues el Código Civil

reconoce las fundaciones de interés público, siendo necesario volver sobre el mismo más adelante, particularmente cuando se analice la Ley 30/94, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General.

Cabría concluir este apartado con una referencia a CAPILLA RONCERO (1993:139), que afirma que «la atribución de personalidad a las fundaciones, en su momento (a través del Código Civil), fue la vía pacífica de admisión de las mismas en un contexto contrario a todo tipo de vinculaciones».

1.3. La explosión normativa en materia fundacional: la tipología cerrada de fundaciones privadas

Anteriormente hemos relacionado la constitución en 1899 del Protectorado sobre la beneficencia particular y en 1913 del Protectorado de la beneficencia docente. Este desgajamiento normativo, dando lugar a normativas sectoriales por contenido funcional, ha impregnado el tratamiento jurídico de las fundaciones en España durante gran parte del siglo XX.

Desde esta óptica se puede hablar de una **gran diversificación-segmentación**, poco positiva pero presente aún todavía; de esta forma, según se iban admitiendo nuevas categorías de fundaciones, tomando carta de naturaleza jurídica propia por no encajar en el Protectorado de la beneficencia particular que hizo de verdadero cajón de sastre, se iba reconociendo legal o reglamentariamente (según los casos) un régimen jurídico propio y una vía de relación *ad hoc* con la Administración.

De una forma sucinta analizaremos los distintos tipos de fundaciones privadas existentes y su normativa aplicable, que se han ido formando por sedimentación⁹.

Antes de determinar cuáles son estos tipos de fundaciones es necesario hacer dos precisiones:

1.^a Parece oportuno señalar en este momento que en virtud de lo dispuesto por el artículo 35 del Código Civil, **la tipología de las fundaciones tenía carácter restringido**, ya que es imprescindible el pre-

⁹ La normativa reglamentaria que a continuación se comenta se encuentra derogada por la Ley 30/94, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General, y a mayor abundamiento por el Real Decreto 316/1996, de 23 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Fundaciones de Competencia Estatal, en cuanto se oponga a lo dispuesto por estas normas (Disposición Derogatoria Única).

vio reconocimiento «por la ley» de todos y cada uno de los tipos de fundaciones. En consecuencia, cualquier otro interés público no tipificado era insuficiente para justificar una fundación (GARRIDO FALLA, 1963:371).

2.^a La especialización y gradual autonomía funcional de las distintas clases de fundaciones (docentes, laborales, culturales, de construcción...) se ha producido, a partir del **tronco común que constituyen las benéfico-asistenciales**, a medida que la sociedad ha evolucionado y demandado nuevas necesidades y funciones desde finales del siglo pasado a nuestros días.

Hechas estas precisiones, es posible clasificar las fundaciones, en base a su fin y actividad desarrollada y de acuerdo a la normativa vigente, del siguiente modo:

1.3.1. Fundaciones benéfico-asistenciales (puras o mixtas)

Consideradas, como acabamos de apuntar, el tronco común del que paulatinamente se desgajan o diferencian el resto de los tipos fundacionales, las fundaciones benéfico-asistenciales eran definidas en su origen como las destinadas a la «satisfacción permanente de necesidades intelectuales o físicas» (art. 2 del Real Decreto de 14 de marzo de 1899 sobre reorganización de servicios de la beneficencia particular e Instrucción para el ejercicio del Protectorado del Gobierno). Más tarde, sin embargo, fueron creados otros tipos diferentes de fundaciones, a los que inmediatamente nos referiremos, que exigen matizar, restringiéndola, aquella definición, sobre todo en lo que a las necesidades intelectuales se refiere. En todo caso constituyó el tipo esencial máxime si se tiene en cuenta la actualización y adaptación de sus fines a las nuevas realidades sociales.

La normativa sectorial aplicable a este tipo de fundaciones se recogía fundamentalmente en el Real Decreto e Instrucción de 14 de marzo de 1899¹⁰ y normas concordantes, que eran numerosísimas y caóticas, entre las que cabe destacar los Decretos de 1923 y 1928 sobre enajenación y arrendamiento de bienes y la Orden Ministerial de 23 de junio de 1986 sobre contabilidad y rendición de cuentas de fundaciones benéfico-asistenciales, que se aplica tanto a las fundaciones benéfico-asistenciales puras como a las mixtas (es decir, aquellas que tuvieran fines conexos con los otros Protectorados).

¹⁰ Este Real Decreto ha sido derogado en los términos de la nota anterior.

1.3.2. Fundaciones culturales

Incluidas en principio entre las fundaciones benéfico-asistenciales, las culturales se independizan más tarde de la matriz común desvinculándose de las primeras. Así se hizo por Real Decreto de 27 de septiembre de 1912 e Instrucción de 24 de julio de 1913, ya citadas.

Son fundaciones culturales aquellas que desarrollan sus funciones en el campo de la educación y la investigación científica y técnica o cualquier otra actividad cultural (art. 1 del Decreto 2930/1972, de 21 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de las Fundaciones Culturales Privadas y Entidades análogas y de los servicios administrativos encargados del Protectorado sobre las mismas)¹¹. Se dedican, en suma, «a la difusión de la educación e instrucción y al incremento y progreso de las Ciencias, Letras y Artes».

1.3.2.1. Fundaciones docentes

Tienen tal consideración las destinadas «exclusiva o primordialmente por sus fundadores a la educación o a la investigación científica y técnica» (art. 1 del Real Decreto 1762/1979, de 29 de junio (*BOE* de 20 de julio), por el que se delimitan las competencias de los Ministerios de Educación, Universidades e Investigación y de Cultura en materia de fundaciones docentes culturales)¹².

Reguladas en su origen conjuntamente con el resto de las fundaciones benéficas, se desgajan, como ya se ha expresado, a partir de 1913. Posteriormente, la Ley 14/1970, de 4 de agosto, General de Educación, en su artículo 137, se refiere expresamente a las fundaciones culturales y docentes, autorizando al Gobierno «para reestructurar el ejercicio de la tutela sobre estas entidades», ajustándose a los criterios y directrices que el propio artículo fija¹³. Fruto de tal autorización es el Decreto 2930/1972, de 21 de julio, que hoy contiene la regulación esencial sobre fundaciones docentes, que ya ha sido mencionado y que derogó la normativa precedente de 1912 y 1913.

¹¹ Este Real Decreto ha sido derogado en los términos de la nota anterior.

¹² Este Real Decreto ha sido expresamente derogado por el Real Decreto 316/1996, de 23 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Fundaciones de Competencia Estatal (*BOE* del 6 de marzo).

¹³ Este artículo de la Ley General de Educación ha sido derogado expresamente por la Ley 30/94 de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General, habiendo desaparecido inclusive su vigencia reglamentaria al haberse dictado las disposiciones de desarrollo de la ley (Reales Decretos 316 y 384 de 1996).

1.3.2.2. Fundaciones culturales *stricto sensu*

Tienen este carácter las fundaciones destinadas, «exclusiva o primordialmente por sus fundadores, al fomento de las artes o de las letras o de cualquier otra manifestación cultural que no sea la educadora o investigadora» (art. 1 del citado Real Decreto 1762/1979, de 29 de junio).

La historia coyuntural en letra pequeña que explica el origen de este tipo individualizado de fundaciones en nuestro ordenamiento parte de la creación, en 1977, del Ministerio de Cultura (Real Decreto 1858/1977, de 4 de julio), lo que motiva que dos años más tarde se confiera al citado Departamento el ejercicio del Protectorado sobre las fundaciones de este tipo, antes integradas en las docentes. En cuanto a la normativa aplicable, coincide con la que es de aplicación a las fundaciones docentes.

Una vez más se aprecia que las razones que motivan la especialización administrativa son antes que nada conveniencia interna de la propia Administración (reparto de presupuesto e influencia en el aparato estatal), y no necesariamente mejora del servicio a los administrados (BENITO RUIZ, 1992:187).

1.3.3. Fundaciones laborales

Son fundaciones laborales las que, constituidas en el ámbito de una o varias empresas, tienen carácter asistencial en beneficio de quienes presten o hayan prestado servicio en ellas y sus familiares (art. 1 del Decreto 446/1961, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen de las fundaciones laborales)¹⁴. El mismo artículo 1 señala como posibles finalidades las siguientes: guarderías infantiles, escuelas, residencias de descanso y para jubilados, centros recreativos, culturales y de formación profesional, economatos laborales, instalaciones deportivas, servicios médicos de empresa u otros centros de asistencia sanitaria, régimen de becas, grupos de viviendas y, en general, cualquier otra clase de realizaciones asistenciales.

Se trata de «un tipo especial de fundación», ya que se crean no por voluntad unilateral del instituyente, sino «en virtud de pacto o concierto entre las empresas y sus trabajadores» (el convenio colectivo). (*vid.* art. 3 del citado Decreto de 16 de marzo de 1961). (DÍEZ PICAZO Y GULLÓN, 1982:672). Además, en sus órganos de gobierno es preceptiva la participación de los trabajadores (art. 4 del Decreto mencio-

¹⁴ Este Real Decreto ha sido derogado por la Ley 30/94.

nado). Por otra parte, no se caracteriza por la indeterminación de los posibles beneficiarios, pues sus servicios van dirigidos a un colectivo conocido (trabajadores y sus familiares) de una determinada empresa.

En el contexto de nuestros días las fundaciones laborales están llamadas a desarrollar un papel relevante dentro del marco de la negociación colectiva, afectando a los siguientes campos de trabajo: formación (continua y ocupacional), fondos de inversión (también denominados de renovación) y fondos prioritarios RODULFO (1992:29-35). Todo ello al hilo de la experiencia de la importante «Fundación Laboral de la Construcción», constituida en 1993.

2. El artículo 34 de la Constitución y el derecho de fundación

2.1. *La naturaleza jurídica del derecho de fundación reconocido en el artículo 34 de la Constitución Española*

Desde un punto de vista doctrinal se han barajado distintos criterios a la hora de establecer la naturaleza jurídica del derecho de fundación, contenido en el artículo 34 de la Constitución¹⁵.

Sobre este punto, para RUBIO LLORENTE (1990:245) el derecho de fundación es lo que ha venido a denominarse una «**garantía de instituto**», pues se garantiza el mantenimiento en el ordenamiento de un instituto determinado que se llama fundación.

Con un cierto avance sobre la posición precedente, CAFFARENA (1995:3199) sostiene que el derecho de fundación es seguramente una **garantía institucional**.

LACRUZ BERDEJO (1983:1460) sostiene que «el texto constitucional, literalmente, propone la defensa de un **derecho subjetivo**: el derecho a fundar, a establecer una fundación».

Según GARCÍA DE ENTERRÍA (1990:237), el derecho contenido en el artículo 34 de la Constitución es un **derecho fundamental**, en el sen-

¹⁵ La regulación del derecho de fundar por la Constitución Española es, a nivel de Derecho Comparado Occidental, única. No existe otra Constitución en los países de nuestro entorno que incluya un artículo al respecto. Este hecho ha sido puesto de manifiesto por MERINO MERCHÁN en «Comentario al artículo 34 de la Constitución», en *Comentarios a las Leyes Políticas*, dirigido por O. ALZAGA, Tomo III, Madrid, 1983, pag. 435. Como ha expuesto LACRUZ BERDEJO (1983:1457), tan sólo las Constituciones italiana y alemana daban relevancia indirecta al derecho de fundación. En la primera, al amparo de su reconocimiento de las formaciones sociales, y en la segunda, a través de la declaración de que las personas jurídicas tienen aptitud para ser sujetos de derechos constitucionales en cuanto le sean atribuidos según su naturaleza (art. 19.3 de la Ley Fundamental de Bonn).

tido de un verdadero derecho subjetivo y concretamente de un derecho de la libertad, apoyando esta tesis en dos pilares: el artículo 34 enuncia dicho derecho como una facultad subjetiva, y la remisión que se hace en su apartado 2 al derecho de asociación ratifican la idea de que el citado derecho de fundación es un derecho de libertad. Desde su punto de vista no se trata de un derecho fundamental de especial protección, protegible a través del recurso de amparo, pero le protege el manto del artículo 53.1, **que, junto con el concepto de garantía institucional**, «obliga a preservar precisamente un núcleo que es indisponible por el legislador». Al tratarse de un derecho fundamental produce por sí mismo un efecto directo (STC 15/1982, de 23 de abril).

MUÑOZ MACHADO (1990:21) mantiene que el «derecho que garantiza el artículo 34 es, sin duda, un derecho subjetivo a fundar, aunque no es un derecho de especial protección. Sin embargo, es un **derecho perfecto y originario**».

TOMÁS Y VALIENTE (1994:27 y sigs.) establece que «no cree, como RUBIO LLORENTE, que el derecho de fundación signifique sólo «una garantía de instituto», esto es, la obligada existencia en el ordenamiento de un instituto determinado que es el que se llama fundación, pues bajo ese *nomen iuris* se podría cobijar cualquier contenido; precisando, como GARCÍA DE ENTERRÍA, que el artículo 34 obliga a más, «pues no se trata de que exista cualquier regulación del instituto, sino que tiene que existir una regulación que se adecue precisamente a la economía constitucional». Es más, esa regulación legal tiene que respetar el contenido esencial del derecho de fundación, garantía que implica un paso más allá de la denominada garantía institucional, siendo preceptible una gradación de menor a mayor protección entre la garantía institucional y la «**garantía del contenido esencial**», siendo que la sola garantía institucional ampara la existencia de las instituciones, no su concreta configuración. La regulación del ejercicio del derecho de fundación engloba también la de su limitación; la garantía del contenido esencial se entiende establecida como límite para la actividad legal limitadora de los derechos con aquélla protegidos, y en este sentido esta garantía opera como «límite de los límites», según la expresión de Ignacio DE OTTO (1988), porque señala un límite más allá del cual no es posible la actividad limitadora de los derechos fundamentales y de las libertades públicas¹⁶.

¹⁶ A este respecto escribió I. DE OTTO que «la idea de contenido esencial nos conduce a construir derechos y libertades como poderes complejos y concretos de disposición y libertad a partir de definiciones constitucionales abstractas, de modo que el derecho constitucionalmente reconocido y garantizado se integra como una for-

Desde mi punto de vista, el **derecho de fundación** reconocido en la Constitución es un «**derecho constitucional**»¹⁷, no es un derecho fundamental de los de especial protección reconocida por el artículo 53.2. de la Constitución Española en relación con los derechos incluidos en la Sección Primera, del Capítulo segundo, Título I (protección jurisdiccional *ad hoc* y recurso de amparo), pero sí un «derecho de los ciudadanos», como lo cataloga el título de la Sección Segunda, como derecho fundamental ampliamente entendido, en el sentido de que le es de aplicación el **artículo 53.1. de la Constitución Española** (vinculación a los poderes públicos, reserva de ley que ha de respetar su contenido esencial, en conexión con el art. 86 C.E., que regula el Decreto-ley¹⁸, y recurso de inconstitucionalidad) y no solamente una garantía de instituto o, en el mejor de los casos, una garantía institucional.

2.2. *Calificación del derecho de fundación como derecho de libertad y/o de propiedad*

2.2.1. *Derecho a fundar como derecho de libertad*

Una vez sentado que la naturaleza jurídica del derecho de fundación está conformada como un derecho fundamental, el Tribunal Constitucional lo ha configurado como una manifestación de la autonomía de la voluntad respecto de los bienes, en cuya virtud una persona puede disponer de su patrimonio libremente dentro de los límites y condiciones establecidas legalmente. Así en la Sentencia 49/1988, de 22 de marzo, sobre los Órganos Rectores de las Cajas de Ahorro, el Alto Tribunal, establece:

«... este último precepto (art. 34) se refiere, sin duda, al concepto de fundación admitido de forma generalizada entre juristas y que

mación vital sobre el esquema de la conducta abstractamente definida. En la garantía institucional, la ausencia de garantía de un contenido esencial significa, por el contrario, que hay tan sólo constitucionalización de la institución abstractamente definida, pero no garantía de una concreta configuración. Mientras que la garantía del contenido esencial lleva de lo abstracto a lo concreto, de la definición simple a la articulada compleja; la sola garantía institucional ampara la existencia de las instituciones, no su configuración concreta» (*vid.* L. MARTÍN RETORTILLO e I. DE OTTO Y PARDO: *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988).

¹⁷ A este respecto LEGUINA VILLA, J., califica estos derechos de menor protección, como «derechos constitucionales» *vid.* «El régimen constitucional de la propiedad privada», en *Derecho Privado y Constitución*, Madrid, 1994.

¹⁸ *Vid.* STC sobre RUMASA y la posición mantenida al respecto por el profesor ENTRENA CUESTA frente a la sostenida por el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA.

considera la fundación como la persona jurídica constituida por una masa de bienes vinculados por el fundador o fundadores a un fin de interés general. La fundación nace, por tanto, de un **acto de disposición de bienes que realiza el fundador**, quien los vincula a un fin por él determinado y establece las reglas por las que han de administrarse al objeto de que sirvan para cumplir los fines deseados de manera permanente o, al menos, duradera. Tanto la manifestación de voluntad como la organización han de cumplir los requisitos que marquen las leyes, las cuales prevén, además, un tipo de acción administrativa, el Protectorado, para asegurar el cumplimiento de los fines de la fundación y recta administración de los bienes que la forman.»

Para decir más adelante,

«... Obsérvese también que el reconocimiento del derecho de fundación figura en el texto constitucional inmediatamente después del artículo que recoge el derecho a la propiedad y a la herencia» (art. 33). «Ello permite entender que aquel derecho es una manifestación más de la **autonomía de la voluntad respecto a los bienes**, por cuya virtud una persona puede disponer de su patrimonio libremente, dentro de los límites y con las condiciones legalmente establecidas, incluso creando una persona jurídica para asegurar los fines deseados» (Fundamento Jurídico 5) «y asegurando que el objetivo del artículo 34 de la Constitución es la protección de la voluntad fundacional, aunque ésta pueda ser matizada por los órganos de la fundación o por el Protectorado a lo largo del tiempo (Fundamento Jurídico 7)».

GARCÍA DE ENTERRÍA (1990:237-238) defiende que el artículo 34 de la Constitución está consagrando el **derecho de fundar como una facultad subjetiva**, tanto por el contenido del apartado 1 como por el del 2, donde la declaración de ilegalidad y la disolución de las fundaciones se remite a las consecuencias, en estos dos aspectos descritos para las asociaciones, y somete a la garantía judicial el funcionamiento y disolución de las mismas. Así, estas dos garantías están orientadas en el sentido de reforzar «la configuración del derecho de fundación como un derecho de libertad». Esta calificación del derecho de fundación como un derecho de libertad tiene, para el citado autor, las siguientes consecuencias: es un derecho facultad, un derecho subjetivo, un poder reconocido a todos los ciudadanos. Por tanto, el derecho de fundación debe entenderse como «el derecho subjetivo de establecer una organización con personalidad a cuyo sostenimiento se afecta un patrimonio de forma permanente y cuyos fines han de ser necesariamente de interés general».

2.2.2. *Derecho a fundar como derecho de propiedad y de libertad*

El derecho de fundación (art. 34. CE) se encuentra situado detrás del artículo 33 de la Constitución, que hace referencia a la **propiedad privada** (STC 49/1988), cuya **función social** viene determinada en el texto constitucional y que, sin lugar a dudas, delimita el contenido del derecho de fundación. Esta aproximación, como señala TOMÁS Y VALIENTE (1994:26 y 27), entre la fundación y la propiedad, así como su alejamiento del derecho asociativo, «está cargada de coherencia, pues las fundaciones, al margen de su carácter organizativo y de su personalidad, son, en el momento de su creación, una manifestación generosa o altruista del *ius disponendi* que el propietario tiene sobre los bienes objeto de su propiedad, de una propiedad cuya función social está lógicamente relacionada y deviene de la determinación de los fines de interés general».

El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 37/1987, de 26 de marzo, ha señalado que:

«La referencia a la función social, como elemento estructural de la definición misma del derecho a la propiedad privada como factor determinante de la delimitación legal de su contenido, pone de manifiesto que la Constitución no ha recogido una concepción abstracta de este derecho como mero ámbito subjetivo de libre disposición o señorío sobre el bien objeto del dominio reservado a su titular, sometido únicamente en su ejercicio a las limitaciones generales que las leyes impongan para salvaguardar los legítimos derechos o intereses de terceros o del interés general. Por el contrario, la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir. Por ello, la fijación del contenido esencial de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o los intereses individuales que a este subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes» (Fundamento Jurídico 2).

Otras Sentencias del Tribunal Constitucional que refuerzan esta posición son las 227/1987 y 170/1989. Ante este análisis, elaborado acerca de la propiedad a la luz de la Constitución, se puede decir que el derecho de fundación es una de las expresiones de la función social que la propiedad privada posee dentro de su concepto jurídico.

2.3. Significado y efectos jurídicos derivados de la constitucionalización del derecho de fundación

2.3.1. Relevancia de su ubicación en el texto constitucional. Regulación legislativa y protección jurisdiccional. Reserva de ley

De acuerdo con PIÑAR MAÑAS (1991:68) se puede afirmar que el desarrollo legislativo del derecho de fundación, además del artículo 53 de la Constitución, «viene exigido por el propio artículo 34 del texto constitucional y la conocida remisión que en él se ha efectuado en favor de la ley. Esta acción legislativa opera en un doble sentido: impone el deber positivo de dictar la ley, y por otro, hace reserva legislativa para la regulación y desarrollo del derecho de fundación».

Como expresó el diputado ALZAGA VILLAMIL en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso¹⁹, la expresión «con arreglo a la ley» no significa «que este derecho deba simplemente ser dejado a la posibilidad de que el legislador ordinario tenga a bien admitirlo, reconocerlo o no admitirlo».

Esta **reserva de ley** lo es **en favor de ley ordinaria**, pues otra consecuencia de la ubicación en el texto constitucional del derecho de fundación es precisamente ésta, ya que el empleo de la ley orgánica para el desarrollo legislativo está únicamente reservado a los derechos fundamentales contenidos en la Sección Primera del Capítulo Segundo constitucional (según el art. 53), y porque, en apoyo de esta misma línea, para el artículo 81 de la Constitución, el derecho de fundación no está comprendido dentro de la Sección «De los derechos fundamentales y libertades públicas» (arts. 15 a 29), sino que pertenece a la otra variante del concepto de derecho fundamental: «De los derechos y deberes de los ciudadanos», GARRIDO FALLA (1980:1220). A este respecto hemos asistido a una curiosa polémica doctrinal que queda reflejada en notas^{20 y 21}.

¹⁹ *Diario de Sesiones del Congreso*, n.º 71, de 22 de mayo de 1978.

²⁰ Mantienen una opinión favorable a la ley orgánica, LACRUZ BERDEJO (1979:108), HERRERO DE MIÑÓN (1979:41) y GARCÍA DE ENTERRÍA (1990:251) al defender una interpretación amplia de la reserva de ley orgánica del artículo 81.1 de la Constitución Española, que se referiría a cualquier derecho fundamental.

²¹ Son favorables a la posición de ley ordinaria: ALZAGA VILLAMIL, O. (1978:540); MENDOZA OLIVÁN, V. (1979:91); SÁNCHEZ AGESTA (1980:298); CAFFARENA LAPORTA, J. (1990:56-57); MUÑOZ MACHADO, S. (1990:27), y PIÑAR MAÑAS, J. L. (1991:1320).

Siguiendo la exposición de PIÑAR MAÑAS (1991:1321), las consecuencias del contenido del artículo 53 de la Constitución pueden ser éstas:

– **La reserva de ley es absoluta**, no relativa²²; por tanto, no es posible ningún tipo de deslegalización en la regulación del ejercicio del derecho. Pero la ley que desarrolle el derecho de fundación podrá ser expandida a través de normas reglamentarias (en materia procedimental, organizativa y de control de las fundaciones, o bien ejercer la tutela sobre ellas, STC 83/1984, de 24 de julio), «siempre que el legislador haya regulado la materia en términos tales que sea reconocible en la ley misma una determinación material suficiente» (STC 99/1987 de 11 de junio). Y a *sensu contrario* cabe decir que no es posible una regulación reglamentaria independiente y no claramente subordinada a la Ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución a favor del legislador (STC 83/1984, de 24 de julio).

– **La reserva de ley no tiene carácter retroactivo**, de tal forma que no anula disposiciones anteriores a la Constitución, válidamente dictadas, que no sean contrarias a lo dispuesto por la Constitución. Efecto que sí ha tenido la Ley 30/94 mediante su Disposición Derogatoria Única, pues ha venido a colmar la reserva de ley.

– **No se trata de una reserva de ley de carácter estatal** (al no ser necesaria una ley orgánica), sino que **cabe también la regulación por ley autonómica**, como ha puesto el Tribunal Constitucional en supuestos similares (STC 85/1984, de 26 de julio), al haber asumido competencias en esta materia, aunque no todas las Comunidades Autónomas tienen el mismo alcance competencial²³.

²² En el sentido indicado por MORTATI, citado por GARRORENA, A., en la voz «Reserva de Ley», en Enciclopedia Jurídica Básica, Civitas, Madrid, 1995, pags. 5865-5866. La intensidad de la reserva es tanto mayor cuanto más directamente afecte a los derechos fundamentales (STC 5/1981).

²³ Sobre esta materia existen diferentes puntos de vista doctrinales que se basan en la distinta interpretación de los artículos 148 y 149 de la Constitución en relación con el citado artículo 53 en referencia a la materia de fundaciones.

Para unos autores (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1990; MUÑOZ MACHADO, 1982; HERRERO DE MIÑÓN, 1979, etc.), la potestad legislativa de las Comunidades Autónomas en materia de fundaciones quedaría resumida en competencias sobre intervención administrativa (Protectorado, fomento, tutela), no pudiendo asumir competencias en materia de índole civil (competencia exclusiva del Estado), a salvo, en todo caso, la Comunidad Foral de Navarra, que es la única que poseía alguna regulación en su materia en su Compilación de Derecho Foral. Ley 1/1973, de 1 de marzo, de Mejoramiento de Navarra. Los autores citados partían de la base de que el término «conservar» del artículo 149, 1, 8ª, CE debía ser interpretado en sentido estricto.

Otros autores, como, por ejemplo, ROCA GUILLAMÓN (1985:300), CAFFARENA LAPORTA (1989) y LACRUZ BERDEJO (1990:305), opinan que sólo algunas Comunidades

La reserva de ley en los derechos fundamentales, como es el caso del derecho de fundación, opera también frente al legislador en el sentido de que éste en todo caso ha de respetar el «**contenido esencial**» del derecho, o, lo que es lo mismo, el «núcleo esencial» del mismo, que es indisponible para aquél, o, como ha expresado GARRRIDO FALLA (1980:887), «precioso punto de referencia para el juez constitucional a la hora de fiscalizar la ley de desarrollo».

2.3.2. Contenido del artículo 34: su esencialidad. Su indisponibilidad

Siguiendo las opiniones de TOMÁS Y VALIENTE (1994:36-37) y ROCA ROCA (1996:42-64), las notas que el legislador debe respetar a la hora de legislar sobre el contenido esencial del derecho de fundación son las siguientes:

a) **El derecho a fundar implica el de creación de una persona jurídica:** la fundación que se configura como un sujeto de derecho con capacidad general suficiente²⁴. Ésta nace por un acto de la autonomía de la voluntad de un propietario sobre sus bienes o parte de ellos²⁵, o como lo expresaría GARCÍA DE ENTERRÍA (1990:238): **por un acto de libertad o de libre disposición**. A estos efectos, **el patrimonio**, y

Autónomas podrían legislar en materia de fundaciones (en la parte civil), las que estuvieran dotadas de Derecho civil foral o especial. Este punto de vista doctrinal se puede apoyar en la Sentencia 88/1993, de 12 de marzo, del Tribunal Constitucional cuando afirma, al interpretar el término «desarrollar» del artículo 149.1.8.ª, que «considera que cabe que las Comunidades Autónomas regulen instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización e innovación de los contenidos de ésta».

Frente a éstos, otros autores, como MARCH CIVERA (1987), VILA SECA I MARCET, etcétera, consideran que cualquier Comunidad Autónoma puede regular cualquier aspecto referido a las fundaciones, tengan o no Derecho civil foral o especial, o hubieren accedido, o no, a la autonomía por la vía del artículo 151 de la Constitución. Interpretan el silencio de los artículos 148 y 149 de la Constitución en materia de fundaciones efectuando una reconducción tácita de la regulación de las mismas que quedaría subsumida en la que efectúa el artículo 148.1, ya que dicho artículo otorga competencias a las Comunidades Autónomas en materias que pueden ser objeto de una fundación (art. 148.1, 14.ª, 15.ª, 17.ª, 20.ª, etc.).

No se desarrolla más este punto, pues será estudiado con profundidad en el Capítulo dedicado al análisis crítico de la legislación autonómica.

²⁴ Señala LACRUZ BERDEJO (1983:1463) que la «fundación es un sujeto de derecho: ella misma, y no un fiduciario que soporte formalmente las titularidades, ni un grupo de personas que constituyan el sustrato del ente». Es una clara contraposición a la figura del *Charity-Trust* del Reino Unido.

²⁵ LACRUZ BERDEJO (1983:1463) eleva la dotación a rango de elemento del contenido esencial de la fundación, contra cuya atribución no podría dictar normas el legislador. En el mismo sentido, SERRA RODRÍGUEZ (1995:18).

en particular la dotación fundacional, constituye un elemento clave del contenido esencial (CAFFARENA 1991:99)²⁶.

b) **El fin de la fundación ha de ser de interés general**, lo cual no excluye, como ha señalado DE LORENZO (1993:141), la idea del beneficio patrimonial, pero sí la del lucro como fin real de la fundación. De otro lado, el legislador no puede variar una finalidad que siga siendo posible, lícita y de interés general, ni prohibir su realización.

c) La Constitución no delimita cuales serán **los fines de interés general**, por lo que **su determinación queda a la voluntad del fundador**. Por tanto, serán cualesquiera, pero siempre de interés general. El legislador podrá y deberá prever mecanismos de comprobación de la realidad de ese interés general, tanto de su inicial existencia como de su subsistencia o permanencia. El concepto de interés general es contrario al de interés particular; en consecuencia, las fundaciones deben beneficiar a colectividades genéricas de personas.

d) **Las fundaciones deberán ser estimuladas desde la legislación**, dado que cumplen intereses sociales o generales dignos de fomento y estímulo en un Estado social de Derecho y llevan a la práctica la función social de la propiedad. Una regulación legal demasiado restrictiva y con mecanismos protectores que «gravara en exceso el patrimonio o la actividad de las fundaciones podría entrar en colisión y desvirtuar el contenido esencial del derecho de fundación».

e) Supuesto todo lo anterior, **el legislador debe respetar en principio la voluntad organizativa del fundador** porque el derecho a fundar implica que el fundador puede imponer las normas por las que ha de regirse la persona jurídica por él creada²⁷, lo cual es compatible con ciertos mínimos legales organizativos establecidos de manera cautelar y flexible por el legislador.

2.3.3. *El concepto de «interés general». Su trascendencia y consecuencias*

El concepto de «interés general» constituye uno de los elementos esenciales del derecho de fundación y, por tanto, su determinación en el presente momento constituye una necesidad básica.

²⁶ Afirma este autor que, tanto en Derecho comparado como en Derecho español, éste es un elemento esencial de la constitución de una fundación. «En la actualidad, incluso en los ordenamientos en que sus textos legales no aluden de modo expreso al patrimonio como elemento esencial del concepto de fundación, la doctrina es casi unánime en concluir que estamos ante un elemento necesario de la persona jurídica fundacional, llegando a esta conclusión bien por razones de orden lógico y dogmático, bien por razones prácticas.»

²⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional 49/1988, de 22 de marzo.

En consecuencia, podemos afirmar que el interés general aplicado a las actividades de los particulares no sólo supone coadyuvar a los fines públicos, sino también, en base al principio de subsidiariedad, suplir la actividad de las Administraciones. Esta concepción me parece fundamental para comprender en sus justos términos el derecho de fundación hoy.

En conclusión podemos identificar tres características del interés general: una primera, que ha de ser **relevante socialmente**; una segunda, que los **beneficiarios de las fundaciones sean colectividades genéricas de personas**, y finalmente una tercera, que hace referencia a la **inexistencia de ánimo de lucro en las fundaciones**.

Se puede afirmar que el concepto de interés general es un **concepto jurídico indeterminado**²⁸ (STC 68/1984, de 11 de junio)²⁹. Parafraseando a SAINZ MORENO (1976:70), «un término es indeterminado cuando no tiene límite preciso, cuando no traza, sobre la realidad a la que se refiere, una línea clara»³⁰. La determinación del interés general se realiza por la acción de los poderes públicos, que se plasma en la pirámide normativa y en los instrumentos jurídicos de interpretación y aplicación del Derecho (actos administrativos, sentencias, etc.).

De otro lado, hay que tener en cuenta que el interés general no sólo opera como **límite de los derechos o intereses legítimos de los particulares** (en el caso del derecho de fundación, no admitiendo las fundaciones familiares), sino que también se constituye en un **límite para la acción administrativa** que no puede desarrollarse en interés privativo del titular del órgano administrativo o de terceros («desviación de poder»).

La Constitución no delimita ni define cuáles son los fines de interés general³¹; por tanto, su determinación queda a voluntad del fun-

²⁸ En expresión de GARCÍA DE ENTERRÍA, el interés general es un «concepto legal de alcance indeterminado», pues las leyes lo emplean con frecuencia y su alcance no permite una aplicación precisa, determinada e inequívoca en un supuesto dado. *Vid. Democracia, jueces y control de la Administración*, Madrid, Civitas, pags. 126 y sigs.

²⁹ *Vid.* BERMEJO VERA, J.: «El interés general como parámetro de la jurisprudencia constitucional», *Rev. Vasca de la Administración Pública*, n.º 10, 1984.

³⁰ *Vid.* SAINZ MORENO F.: *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad*, Civitas, Madrid, 1976; así como su glosa de la monografía de TRUCHET, «Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat», publicada en el número 82, 1977, de la *RAP*.

³¹ *Vid.* además del artículo 34, los artículos 44.2 (la promoción de la ciencia y la investigación científica y técnica se hará «en beneficio del interés general»), 47 (la regulación de la utilización del suelo se hará «de acuerdo con el interés general»), 128.1

dador, sólo exige que éste sea general³². En consecuencia, **no cabe interpretar que el concepto «interés general» necesita ser fijado legalmente.**

Partiendo de todo lo anterior se puede realizar una operación interpretativa escalonada en relación con la **determinación del concepto «interés general»:**

a) Son fines de interés general todos aquellos **bienes, valores³³, derechos o instituciones constitucionalmente consagrados** (STC, de 8 de abril de 1981) o de relevancia constitucional (STC, 18/1984, de 7 de febrero). En este apartado ha de incluirse el conjunto de valores, principios, derechos y libertades, instituciones e instrumentos, recogidos en el Preámbulo y en el articulado de la Constitución. De esta forma podemos aludir al valor constitucional de la democracia, el Estado social y democrático de Derecho; principios como la igualdad, la justicia, la libertad, la dignidad de la persona³⁴; instituciones como la Corona, las Cortes Generales, el Poder Judicial...; Derechos y libertades como los regulados en la Sección primera, Capítulo II, Título I; o, en fin, instrumentos y mecanismos de la política social y económica que protegen subjetivamente a colectivos determinados de personas (infancia, familia, jóvenes, minusválidos, tercera edad...) u objetivamente a actividades o bienes merecedores de especial protección (pleno empleo, Seguridad Social, medio ambiente, vivienda, cultura, etc.).

(la riqueza del país «está subordinada al interés general»), 128.2 (la intervención de empresas es posible «cuando así lo exigiere el interés general»), 149.1, núms. 20 y 24 (la línea de división de las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas pasa en muchos casos por el punto del «interés general», *vid* S. MUÑOZ MACHADO, 1982:183) y, por supuesto, 103.1 («la Administración sirve con objetividad los intereses generales»). Lo que la Constitución pretende es aludir a un ámbito limitado de actuación, aunque su precisión concreta en cada caso queda imprecisa porque no se puede hacer de otro modo. En el ámbito del Derecho comunitario cabría citar el concepto jurídico indeterminado que emplea el artículo 90 del Tratado CEE respecto de «servicios de interés económico general» como límite del principio básico comunitario de la libre competencia.

³² Por analogía, STC de 8 de abril de 1981, que determina que se ha de entender por servicios esenciales para la comunidad a los que hace referencia el artículo 128.2 CE.

³³ En el sentido indicado por ARAGÓN REYES, M (1995:5094), en la voz «Principios constitucionales», *Enciclopedia Jurídica Básica, op. cit.*

³⁴ RODULFO, J.: «La actividad de las fundaciones y el interés general», *Boletín del Centro de Fundaciones*, n.º 60, Madrid, 1995, pags. 26-27, sostiene que son fines de interés general a los efectos pretendidos la proclamación de las finalidades de la comunidad política y los principios y valores en que debe fundarse la convivencia. También hace referencia a la «Constitución económica» (art. 38), a la «Constitución social» y a la «Constitución cultural», basándose en la obra *Derecho Constitucional*, volumen 1, Editorial Tirant lo Blanc, Valencia, 1994, de LÓPEZ GUERRA y otros.

b) Además (DE LORENZO, 1993:143) lo son todos los **bienes, valores o derechos reconocidos por el bloque de la constitucionalidad** (SSTC 10/1982, 75/1985 y otras). El parámetro interpretativo es el artículo 28 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional para apreciar la conformidad con la Constitución de una Ley, disposición o acto con fuerza de Ley del Estado o de las Comunidades Autónomas³⁵.

c) Finalmente, un criterio residual de tal forma que reuniesen el requisito de interés general aquellas **finalidades que, a la vista de la evolución social y normativa, se pudiesen identificar con tal concepto** (razonamiento inspirado en los arts. 103.1 y 9 CE), en el sentido de que la posición jurídica que ostenta la Administración Pública se establece en nuestra Constitución atendiendo precisamente al mismo concepto: «La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales», sin que sea dado limitar en el futuro el ámbito de actuación de esta persona jurídica (ROCA ROCA, 1996:47)³⁶.

2.4. El artículo 34 de la Constitución Española y la constitución de las fundaciones: el problema de la adquisición de la personalidad jurídica

Uno de los **puntos tradicionales de fricción entre los fundadores y la Administración** ha sido el de la clasificación de las fundaciones por el Protectorado, de tal forma que ésta ha sido una frontera, a veces infranqueable, que impedía la creación en algunos supuestos de nuevas fundaciones, salvo en supuestos de intervención judicial que reconociera el ejercicio del derecho de fundación.

³⁵ Vid. DE OTTO, I.: *Derecho Constitucional. El sistema de fuentes*, Barcelona, 1987; así como RUBIO LLORENTE, F.: *El bloque de constitucionalidad*, Madrid, 1991, y R. DE LORENZO, *op. cit.*, pag. 143

³⁶ JIMÉNEZ BLANCO mantiene que «lo delicuescente del concepto de servicio público es, en parte, lo que llevó a que emergiese la noción de «interés general» como gran criterio delimitador de la Administración (vid. «Servicio Público, Interés General, Monopolio: Recientes aportes del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (1993-1994)», en el libro *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Emilio Menéndez*, Vol. IV (Derecho Civil y Público). A. NIETO ha escrito con claridad que «ni la ciencia ni la práctica política están hoy en condiciones de determinar cuáles son los intereses generales, ni de precisar su papel exacto en la vida del Estado... Los intereses generales han entrado así en el mundo de los “conceptos inaprensibles” a los que no tiene acceso la capacidad definitoria de la mente humana. Y es que se trata de una de esas palabras cuya fuerza radica más en lo que evocan que en lo que significan». (A. NIETO: «La Administración sirve con objetividad los intereses generales», en *Estudios sobre la Constitución Española*, homenaje al profesor E. García de Enterría, Civitas, Madrid, 1991, III, pag. 2189). Para un análisis ideológico del interés general, puede consultarse, J. CHEVALIER: *Réflexions sur l'ideologie de l'intérêt général*, en obra colectiva editada por P.U.F., tomo I, París, 1978, págs. 11 y sigs.

La Ley 30/94, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General, ha establecido, en su artículo 3, que la personalidad jurídica de la fundación se adquiere desde el momento de su inscripción en el Registro y no desde el momento del acto fundacional o elevación a escritura pública de su constitución; por tanto, **la inscripción** no cumplirá en el futuro una función de mero reconocimiento o declaración de la personalidad, ni tampoco será solo demostrativa de la misma frente a terceros, sino efectivamente **constitutiva**. Aunque el **acto administrativo de inscripción** no es discrecional, sino estrictamente **reglado**. («*La inscripción sólo podrá ser denegada cuando dicha escritura no se ajuste a las prescripciones de la Ley*», art. 3.1 *in fine*), aunque el artículo 36.2 le otorga un amplio margen de maniobra al Protectorado respecto de la suficiencia de la dotación y la apreciación del interés general³⁷.

En este caso, con la regulación establecida en esta materia en la nueva Ley de Fundaciones y a la luz del artículo 34 de la Constitución, se puede considerar que la Administración opera como un límite a la autonomía de la voluntad en base a la función social de la propiedad; aunque este hecho entra dentro de la más estricta legalidad y no es un punto de conflicto con el texto constitucional de la mencionada Ley. La enemiga a las fundaciones familiares, así como al uso y abuso de las instancias intermedias, parece estar presente en el sistema de control previo estatal por el que se ha optado.

2.5. La posición de la Administración ante la Constitución: el nuevo rol del Protectorado

La relación entre la Administración y las fundaciones es una constante histórica desde que esta figura jurídica existe. El impacto de la Constitución en esta relación ha de ser tenida muy en cuenta y a acometer esta finalidad se dedicará el presente epígrafe.

La Administración ejerce sus potestades sobre las fundaciones a través del **Protectorado** como manifestación del control público respecto de aquéllas³⁸. Precursoramente GARRIDO FALLA (1963:378)

³⁷ A este respecto fue premonitorio CAFFARENA (1991:71) en su obra *El régimen jurídico de las fundaciones. Estudio para su reforma, op. cit.*, así como CAPILLA RONCERO (1993:141) en *La persona jurídica: funciones y disfunciones, op. cit.*

³⁸ La figura del Protectorado ha sido admitida por el Tribunal Constitucional, así en SSTC 18/1984, de 7 de febrero; 49/1988, de 22 de marzo, y 164/1990, de 29 de octubre. Asimismo esta figura fue reconocida por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, en SSTS de 28 de octubre de 1963, 20 y 24 de diciembre de 1985 y 6 de junio de 1987, entre otras. *Vid.* J. L. PIÑAR MAÑAS: *Régimen jurídico de las fundaciones: Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo*, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1992, pags. 15-24.

se refirió a un «control administrativo sobre entidades privadas de interés público» con caracteres propios, tal como hizo DEMICHEL (1960). La constitución de las fundaciones y la intervención administrativa en este proceso ya ha sido analizada en el epígrafe anterior. Procede, pues, ahora referirse al ejercicio del derecho de fundación y su relación con la Administración, una vez que éste ha sido reconocido.

Con anterioridad a la Constitución, en palabras de GARCÍA DE ENTERRÍA (1990:241), el Protectorado se erigía en protector de la voluntad del fundador, «de la cual se erige en representante *ministerium legis*, pretendiendo evitar la defraudación de la prohibición general de la constitución de nuevas fundaciones».

Este rol del Protectorado queda vacío de contenido en relación con su **concepción tradicional** como consecuencia de la Constitución, aunque es evidente que la citada figura administrativa no queda prohibida, no desaparece; tan sólo debe tener otros objetivos y significado, pues cierta dosis de fiscalización administrativa sobre la actuación de las fundaciones no parece inconstitucional, siendo una práctica generalizada y admitida por todos los ordenamientos, incluido el estadounidense, sobre todo respecto del cumplimiento de la legalidad vigente, particularmente en materia de fiscalidad y los posibles beneficios derivados de un tratamiento de estímulo y apoyo.

Los representantes de la Administración también eran conscientes de los cambios que habían de operarse y que se cifraban en una serie de nuevas funciones de Protectorado, que se centraban en fomentar las vías de cooperación del Estado con las propias fundaciones y en desarrollar e impulsar la potencialidad económica y la rentabilidad real y social de éstas (CABRA DE LUNA, 1987:11-12).

En conclusión, el nuevo rol del Protectorado ha de estar **más centrado en el asesoramiento (función facilitadora) e impulso (función promotora o de publicidad y fomento) de las fundaciones que en el desarrollo de actividades de fiscalización y control**, que deben ser mínimas y vertebradas en los aspectos fundamentales (garantía de legalidad, cumplimiento de fines de interés general, rendición de cuentas y ejercicio provisional de las funciones del Patronato si por cualquier motivo faltasen todas las personas llamadas a integrarlo), concretadas en el ejercicio de **potestades administrativas a posteriori**, frente a las tradicionales de autorización o *a priori*, basadas en un concepto de las fundaciones como entidades capitidismuidas, hoy afortunadamente en regresión, en todo caso sometidas al control judicial.

3. La Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones e Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General

3.1. El concepto de fundación en la nueva normativa

3.1.1. La definición legal de fundación

En nuestro Derecho, hasta la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General, no hay una verdadera definición legal de fundación. Es el artículo 1 de esta Ley el que las define como «*organizaciones constituidas sin ánimo de lucro que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general*».

3.1.2. La noción esencial de fundación en la Ley 30/1994

Precisada en los términos expuestos la noción esencial de fundación, según su trayectoria histórica, su realidad institucional inderogable y la incidencia de la Constitución en su régimen, cabe preguntarse sobre el reflejo de esa noción esencial en el contexto normativo que representa el sistema legal vigente, fruto de la Ley 30/1994 sobre fundaciones, por la vía del desglose y análisis separado de los distintos componentes, jurídicamente relevantes a ese efecto, de la noción esencial de fundación.

3.1.2.1. Patrimonio afectado de modo permanente a la realización de fines de interés general: la fundación con vinculación de bienes

Es ésta la porción medular de la noción esencial de fundación que generalmente se invoca para su definición. Hay que entender este elemento como «vinculación global» de los bienes de la fundación a fines de interés general, sin posibilidad de retorno al fundador o sus herederos, siendo manifestación expresa del principio el artículo 31.2 de la Ley 30/94. El artículo 1 de la Ley habla de patrimonio afectado de modo duradero a fines de interés general, alejándose con ello de la idea de vinculación global y minorando la nota de permanencia que la propia Ley atribuye a la dotación (arts. 10, 19 y 25).

De otro lado, la Ley identifica fines de interés general, entre otras interpretaciones, con que éstos **sean socialmente relevantes** (artículo 2.1), aunque el sistema de lista utilizado (por su limitación) y el inciso «o cualquiera otras de naturaleza análoga» son criticables, habiénd-

dose de entender que son de naturaleza análoga a los citados cualesquiera otros fines de relevancia social.

3.1.2.2. Organización constituida sin ánimo de lucro en el fundador

Refleja este aspecto esencial de la noción de fundación el artículo 1 de la Ley 30/1994 al hablar de la fundación como «organización constituida sin ánimo de lucro», esto es, sin ánimo de lucro en el fundador, es decir, sin intención en los fundadores de «partir entre sí posibles ganancias» (o, lo que es lo mismo, excluyendo el «lucro común posible» de las sociedades). Así lo corrobora el artículo 24 de la Ley 30/94, que reconoce la posibilidad de que las fundaciones puedan obtener ingresos por sus actividades, siempre que ello no implique una limitación injustificada del ámbito de sus posibles beneficiarios (por respeto al interés general al que se deben).

Es ostensible en este punto la clara contraposición ente los dos supuestos de empresa (mercantil y no mercantil), comparando la fundación como «organización constituida sin ánimo de lucro» con el ejercicio típico del comercio «con ánimo de lucrarse en la reventa» (art. 325 del Código de Comercio) y con la fundación de una sociedad, constituida por varias personas con «ánimo de partir entre sí las ganancias» (art. 1.665 del Código Civil y 116 del Código de Comercio).

3.1.2.3. Organización para la gestión autónoma del patrimonio fundacional

Supuesto que es esencial a la fundación la gestión autónoma del patrimonio fundacional, se destaca que la forma suprema o más perfecta de organización para conseguir ese efecto es la persona jurídica del tipo *universitates bonorum*, cuyo sustrato o soporte es precisamente un patrimonio.

La dimensión de la fundación, como organización del tipo de la persona jurídica, no se recoge en la definición legal del artículo 1 de la Ley 30/1994, pero se refleja –con lo que se corrobora su carácter de pieza esencial– en la definición formulada por el Tribunal Constitucional, ya citada, y en el texto de la Ley 30/1994, pero con intensidad variable: como persona jurídica plena, si se inscribe el negocio jurídico de constitución de la fundación en el Registro de Fundaciones (art. 3 de la Ley 30/1994), o con virtualidad menos intensa o degradada en su plenitud, sin adquisición de personalidad jurídica pro-

piamente dicha, si no logra inscribirse o en tanto no se inscribe (art. 11 de la Ley 30/1994).

3.1.2.4. La fundación para fines de interés general, con exclusión relativa de las fundaciones familiares, de interés particular y para colectivos determinados

Es claro este principio, en el artículo 1, a través de la definición de fundación que contiene. Lo corrobora además el artículo 2 sobre fines y beneficiarios, pero con excepciones reconocidas que permiten hablar de una cierta ruptura en este punto de la rigidez del sistema (arts. 2.2 y 4, sobre fundaciones laborales y del patrimonio histórico, respectivamente). En todo caso, el concepto fines de interés general hace mención a que los beneficiarios sean colectividades indeterminadas de personas; así particularmente el artículo 2.2 se refiere a que «la finalidad fundacional debe beneficiar a colectividades genéricas de personas».

3.1.3. Principios y características que subrayan la nueva normativa

3.1.3.1. La voluntad del fundador como ley básica de la fundación: su quiebra en la Ley 30/1994

La idea tradicional en este punto es la de que **la fundación depende esencialmente de la voluntad del fundador**, al que corresponde exclusivamente la facultad de dar vida a la fundación mediante la producción por sí y soberanamente de los dos elementos esenciales para ella: el negocio jurídico constitutivo de la fundación, y la normativa que ha de regir su vida futura o estatutos, con la consecuencia de que la ley que regule el derecho de fundación habrá de partir del principio de respeto a esa voluntad del fundador, que es la **ley máxima de la fundación**, como regla general³⁹.

La normativa anterior a la Constitución es clara en la expresa proclamación del principio, ya que aparece contemplado en toda su compleja y abundante realidad, de la que cabe citar, sin perjuicio de la remisión a otros preceptos, el artículo 1 de la Instrucción de 14 de marzo de 1899 sobre ejercicio del Protectorado a la beneficencia particular al establecer como misión básica del Protectorado la de velar

³⁹ BLANCO RUIZ, J. F., *El Protectorado de fundaciones...*, pág. 23, añade que «La Ley en base, a la Constitución, debe quedar limitada a Derecho supletorio de la voluntad del fundador, sin perjuicio del carácter imperativo de las normas que sean expresión o desarrollo del contenido esencial del derecho de fundación o exigencia del interés general de los fines de la fundación, en cuanto límite constitucionalmente impuesto».

por que se cumpla «la voluntad del fundador en cuanto interese a colectividades indeterminadas».

La Constitución, con sus artículos 34 y 53, no parece que quiera desnaturalizar el principio de plena autonomía de la voluntad en cuanto a fundaciones, pues el primero de los artículos citados plasma el claro reconocimiento de un derecho fundamental, accionado institucionalmente en cuanto derecho subjetivo por la libre voluntad del titular, protegido por la propia Constitución (art. 53).

El precepto que sanciona el respeto a la voluntad del fundador, en la vigente Ley 30/1994, es su artículo 1: la fundación se ha de regir por la voluntad del fundador y, en todo caso, por la Ley, pero bien entendido que ésta sólo podrá actuar según criterios que respeten ese contenido esencial (TOMÁS Y VALIENTE, 1994:37).

Hay que afirmar que en la Ley 30/94 la vigilancia sobre el cumplimiento del interés general ha primado sobre la voluntad del fundador en sentido clásico y tradicional, habiéndose investido la Administración de grandes potestades (como se verá más adelante). En este sentido, **la Ley tiene una configuración socialdemócrata**. De acuerdo con CAFFARENA⁴⁰, existe en la Ley 30/94 una ruptura injustificada del equilibrio, que debe existir en el régimen de las fundaciones, entre el respeto a la voluntad del fundador y la protección del interés general en favor de este último. A estos efectos, el mencionado profesor (1995:239-253-284) cita varios ejemplos, así los artículos 27 (que permite que la modificación de los estatutos se pueda producir incluso contra la prohibición del fundador), 28 (que se refiere a la fusión de fundaciones) y 31.2 (es criticable que no se disponga, en aquellos casos en que el fundador no haya manifestado su voluntad en relación con el destino de bienes de la fundación extinguida, que dichos bienes sean destinados, si es posible, a entidades con fines análogos a los de la fundación extinguida)⁴¹. A este respecto, REAL PÉREZ (1995: 58) ha afirmado que la nueva Ley ha restringido las facultades de las que el fundador gozaba de acuerdo con la normativa anterior en los momentos clave de la vida de la fundación: en la creación de la misma, en la fijación de las reglas que organizarán su funcionamiento, en la modificación que experimente y en su extinción.

⁴⁰ CAFFARENA, J.: «Algunas cuestiones en relación a la Constitución de las fundaciones en la Ley 30/1994», Conferencia pronunciada en las «Novenas Jornades de Dret Catalá», celebradas, en Tossa de Mar, los días 19, 20 y 21 de septiembre de 1996.

⁴¹ Por el contrario, esta redacción si fue recogida por el artículo 42.1.e) de la Ley, integrado en el Título II. La redacción originaria decayó en el Título I, pero no en el últimamente citado. Todo un despropósito.

3.1.3.2. Aproximación de la nueva normativa al principio de subsidiariedad

Se atisba en la Ley 30/94 el reconocimiento para el Estado, respecto del sector no lucrativo, de una función meramente subsidiaria, frente a la fundación como principal instrumento para llevar a la práctica realmente el protagonismo que, con apoyo en el artículo 34 de la Constitución, se quiere dar a la sociedad civil, para alcanzar el objetivo de la «sociedad del bienestar», a modo de contrapunto del Estado del Bienestar, pero sin la pretensión de anularlo o excluirlo, sino simplemente de compartir con él la gestión del bienestar social. Se produce un reforzamiento de la sociedad civil y la supresión de los miedos desvinculadores⁴².

Se recoge esta idea en el preámbulo de la Ley al aludir expresamente a ese protagonismo y rechazar cualquier intervencionismo esterilizante y perturbador⁴³.

Supuesta la asunción por el Estado de la idea de subsidiariedad, se impone una aplicación real y práctica de la idea de desreglamentación⁴⁴, o propósito de reducir al máximo una intervención administrativa limitativa en la materia, pero sin impedir todo control para la actividad desplegada por las fundaciones, cuando menos a través de la inexcusable rendición de cuentas al Protectorado. A este respecto hay que resaltar la relativa liberalización que ha tenido lugar en relación con la disposición y gravamen del patrimonio para que las fundaciones puedan funcionar ágilmente. Aunque ciertamente **es conveniente una mayor desregulación** en estos temas.

3.1.3.3. Tránsito del sistema plural de reconocimiento genérico (de libre constitución para la fundación benéfica asistencial y de reconocimiento por disposiciones normativas para la fundación cultural y educativa) al sistema único de reconocimiento por disposiciones normativas

La Ley 30/94 introduce un verdadero sistema de reconocimiento por disposiciones de carácter normativo al exigir el informe favora-

⁴² S. MUÑOZ MACHADO en el Encuentro sobre «El nuevo marco jurídico de las fundaciones y el mecenazgo en España», UIMP, Santander, 10 y 11 de julio de 1995.

⁴³ Sobre subsidiariedad como principio informante en el campo de las fundaciones, en relación íntima con los principios de primacía de la sociedad civil y desreglamentación, Ver BLANCO RUIZ, J. F.: «El sector no lucrativo, y en particular las fundaciones: visión general y consideraciones sobre su futuro», CAS, n.º 26, 1994.

⁴⁴ Vid. J. L. PIÑAR MAÑAS: «Regulación, desregulación y autorregulación de las fundaciones», *Revista de Occidente*, n.º 180, mayo 1996.

ble del Protectorado para la inscripción del negocio fundacional en el Registro de Fundaciones, y en definitiva, para la adquisición por la fundación de la cualidad de persona jurídica, cuya atribución queda, por tanto, al arbitrio de la Administración (art. 3 de la Ley), dando carta de naturaleza a la inscripción constitutiva que instauró el Reglamento de 1972 para fundaciones culturales frente al sistema de constitución por la pura y simple voluntad del fundador, recogido tradicionalmente en nuestro Derecho (GOMEZA, 1994:44 y sigs.)⁴⁵.

3.1.3.4. Transformación de las relaciones de las Administraciones Públicas con las fundaciones

La nueva ley posibilita una transformación de las relaciones de las Administraciones Públicas con las fundaciones, prestando interés no sólo a las actividades de **control y vigilancia**, sino también a las de **apoyo y asesoramiento**. Se ha dado un primer paso que necesita ser profundizado más adelante.

3.1.3.5. Mercantilización de las fundaciones

La fundación presenta, cada vez más acusadamente, una **tendencia de aproximación a la empresa** mercantil, puesta de relieve en la nueva Ley a través de normas que aplican a las fundaciones prácticamente el estatuto del comerciante o empresario, en tesis general (registro, responsabilidad, contabilidad, posibilidad de intervención de la fundación), y detectada por la doctrina científica, que destaca «el mimetismo con la sociedad anónima» de la nueva regulación (GOMEZA, 1994:51 y 53).

3.1.3.6. Uniformidad de régimen

La Ley 30/1994 suprime las regulaciones fragmentarias existentes a nivel estatal en materia de fundaciones hasta la fecha, produciendo una fuerte renovación del ordenamiento jurídico español en este sector, dotándole de un cierto régimen unitario frente a la fragmentada situación anterior. Sin embargo, no han faltado críticas doctrinales (ROCA ROCA, 1996:50-54) por su complejidad y heterogeneidad, pues no regula la totalidad de las fundaciones que pueden existir en nuestro ordenamiento jurídico. Así se pueden citar las de carácter público, las del Patrimonio Nacional (reguladas por la Ley 23/1982,

⁴⁵ Para una mayor profundización, *vid.* epígrafe 2.4 del capítulo segundo de este trabajo de investigación.

de 16 de junio) y las fundaciones religiosas (Disposición Adicional Tercera).

3.1.3.7. Otros rasgos característicos

En la nueva Ley se detectan otros principios informadores que brevemente señalamos:

– La admisión legal de **constitución de fundaciones por las personas jurídico-públicas** (art. 6.4).

– La fundación como ente aplicado, en lo que a sus rentas e ingresos netos se refiere, al **cumplimiento inmediato de fines de interés general** (art. 25).

– Sistema de **rendición de cuentas generalizado** y de funcionamiento transparente (arts. 21 y 23)⁴⁶.

– La existencia de un extenso **cuadro de responsabilidades de los patronos** sin la contrapartida de exclusión de gratuidad a favor de los mismos, salvo la apertura indirecta que pudiera suponer el artículo 26 de la Ley referido a autocontratación⁴⁷.

– **Judicialización** de las decisiones más importantes respecto de fundaciones, restándole poder al Protectorado⁴⁸.

⁴⁶ Y todo ello, aunque no se tenga derecho a los beneficios fiscales, siendo una consecuencia directa del «interés general».

⁴⁷ Según el artículo 15.4 del Reglamento de Fundaciones, aprobado por Real Decreto 316/96, de 23 de febrero, el Protectorado denegará la autorización para autocontratar «cuando el negocio jurídico encubra una remuneración por el ejercicio del Patronato», lo que permite sostener que es legalmente admisible la retribución a la persona que ejerce de patrono en razón a funciones y servicios que preste a la fundación y no sean las típicas del Patronato (por ejemplo, funciones docentes, gerenciales o de servicios concretos: contabilidad, etc.). Lo admite así el Consejo de Estado, en reciente Dictamen emitido sobre la materia (N.º 1.035/96, de 6 de mayo de 1996), señalando que no puede negarse que el Patronato pueda, efectivamente, contratar con la fundación, pero obviamente el objeto del contrato no podrá abarcar funciones o cometidos propios del cargo del Patronato mismo, si bien –añade– aun fuera de estas funciones también deberá denegarse la autorización del Protectorado cuando la autocontratación aparezca como fraudulenta, por implicar un desvío desproporcionado de los fondos de la fundación desde los fines que justifican su existencia hacia el lucro personal de los patronos.

⁴⁸ Sin embargo, se detecta en la Ley 30/94 un cierto confucionismo y contradicción en el tratamiento del tema de la judicialización de la materia (justicia civil, justicia administrativa), que ha sido puesto de relieve por TOMAS RAMÓN FERNÁNDEZ, «En torno a la Ley 30/94 de Fundaciones y de Incentivos Fiscales», Encuentros de Toledo, Centro de Fundaciones, 1995, pág. 36. Se trata de esta cuestión en el epígrafe 4.4. de este Capítulo.

– La creación del **Consejo Superior de Fundaciones** como un instrumento de participación, integrante de la denominada Administración consultiva sectorial. (Es criticable que a estas alturas aún no se haya constituido el citado Consejo.)

– Claro **deslinde con regulaciones autonómicas** y carácter supletorio de la Ley 30/94, estableciéndose un equilibrio en la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas (Disposición Final Primera).

4. La legislación autonómica en materia de fundaciones

Las Comunidades Autónomas ostentan sus competencias en esta materia (la mayoría de los Estatutos de Autonomía reconocen como competencia exclusiva la referente a las fundaciones «que desarrollen principalmente sus funciones en la Comunidad Autónoma»)⁴⁹.

A estos efectos se han aprobado hasta el momento las siguientes leyes autonómicas en esta materia:

– Leyes 42 a 47 de la Compilación del Derecho civil foral de Navarra (Ley 1/1973, de 1 de marzo).

– Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones de Cataluña que ha derogado la ley 1/1982, de 3 de marzo, de Fundaciones privadas, modificada por la Ley 21/1985, de 8 de noviembre.

– Ley 17/1983, de 22 de junio, de Fundaciones de interés gallego, modificada por la Ley 11/1991, de 8 de noviembre.

– Ley 12/1994, de 17 de junio, de Fundaciones del País Vasco.

– Ley 2/1998, de 6 de abril, de Fundaciones de Canarias, que derogó la Ley 1/1990, de 29 de enero.

– Ley 1/1998, de 2 de marzo, de Fundaciones de la Comunidad de Madrid.

– Ley 8/1998, de 9 de diciembre, de Fundaciones de la Comunidad Valenciana.

⁴⁹ En relación con las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de fundaciones y sus potestades legislativas y de ejecución, puede consultarse el Capítulo IV («Un análisis crítico del régimen jurídico autonómico relativo a fundaciones») de la obra de M. A. CABRA DE LUNA: *El Tercer Sector y las Fundaciones de España hacia el nuevo milenio: enfoque económico, sociológico y jurídico*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1998.

II. LAS FUNDACIONES DE TITULARIDAD PÚBLICA: LA CONSTITUCIÓN DE FUNDACIONES POR LAS PERSONAS JURÍDICO-PÚBLICAS. LAS FUNDACIONES PRIVADAS DE ORIGEN PÚBLICO Y LAS FUNDACIONES PÚBLICAS

1. Antecedentes en nuestro ordenamiento jurídico de las fundaciones de titularidad pública

1.1. *Las Fundaciones del Patrimonio Nacional*

Son una variedad de fundaciones públicas, pero por su especificidad le dedicaremos un epígrafe propio. Se trata de las fundaciones en cuyo Patronato sustituyó el Estado a la antigua Casa Real (Decretos de 1 de julio de 1932, 17 de febrero de 1934 y 13 de junio de 1935); hoy todos estos Patronatos están incluidos en el Patrimonio Nacional y son ejercidos personalmente por el Jefe del Estado. En la actualidad, el Patrimonio Nacional se rige por la Ley 23/1982, de 16 de junio, cuyo artículo 2 *in fine* establece que se integren en aquél los derechos y cargas del Patronato de las Fundaciones y Reales Patronatos a que se refiere la misma. De acuerdo con el artículo 7 de la citada Ley, el contenido de los derechos del Patronato será el determinado en sus cláusulas fundacionales, y en caso de insuficiencia de las mismas comprenderá con toda amplitud las facultades de administración de las fundaciones respectivas. El Protectorado sobre dichas fundaciones corresponde al Rey con las facultades que le atribuyen las disposiciones vigentes⁵⁰. Los bienes de estas fundaciones destinados al cumplimiento directo de sus respectivos fines gozarán de las mismas exenciones fiscales que los del dominio público del Estado⁵¹.

⁵⁰ En virtud del artículo 5 de la Ley 23/1982, de 16 de junio, del Patrimonio Nacional, forman parte del mismo los derechos de patronato o de gobierno y administración sobre las siguientes fundaciones, denominadas Reales Patronatos: la Iglesia y Convento de la Encarnación, la Iglesia y Hospital del Buen Suceso; el Convento de las Descalzas Reales, la Basílica de Atocha, la Iglesia y Colegio de Santa Isabel, la Iglesia y Colegio de Loreto, en Madrid, donde también radican los citados en los apartados precedentes; el Monasterio de San Lorenzo de El Escorial, sito en dicha localidad; el Monasterio de las Huelgas, en Burgos; el Hospital de Rey, sito en Toledo; el Convento de Santa Clara, en Tordesillas; el Convento de San Pascual, en Aranjuez; el Copatronato del Colegio de Doncellas Nobles, en Toledo.

⁵¹ La Disposición Adicional Segunda de la Ley 30/1944 excluye del ámbito de aplicación de ésta a las fundaciones del Patrimonio Nacional, con excepción del régimen tributario de las aportaciones efectuadas a entidades sin fines lucrativos contenido en el Capítulo II del Título II, que será aplicable.

1.2. Las fundaciones públicas estatuidas por ley

Es el caso de la «Obra Pía de los Santos Lugares», regulada por la Ley de 3 de junio de 1940, sucesora de una antigua o antiguas fundaciones de cuyos capitales se incautó el Estado por Ley de 2 de agosto de 1886, así como el de la «Fundación de la Santa Cruz del Valle de los Caídos», aprobada por Decreto-ley de 23 de agosto de 1957, y el de las fundaciones en el extranjero, cuyo Protectorado ejerce el Ministerio de Asuntos Exteriores (Decretos 12 de diciembre de 1947, 13 de abril de 1951 y de 19 de agosto de 1967).

Otro caso a citar es el de la «Fundación Lázaro Galdiano», creada por Ley de 17 de julio de 1948, modificada por la de 15 de julio de 1952, después de la aceptación llevada a cabo del legado correspondiente por Decreto Ley de 19 de diciembre de 1947. El artículo 1 de la Ley dice: «*Con la denominación de Fundación Lázaro Galdiano, y para perpetuar este nombre, se crea una entidad benéfico-docente de carácter público, con plena autonomía y personalidad jurídica propia, constituida inicialmente con todos los bienes, derechos y acciones que, con el carácter de institución a título universal, causó D. José Lázaro Galdiano en favor del Estado español*». Hay que significar que por la Orden del Ministerio de Cultura de 22 de febrero de 1996 (BOE del 27 de febrero) se reconoce, clasifica e inscribe como fundación cultural privada esta fundación, adaptando sus estatutos a la Ley 30/94.

1.3. Las fundaciones públicas del servicio

Surgen de la legislación del Régimen Local (arts. 67 y 87 y siguientes del derogado RSCL)⁵² como personificación jurídica de los servicios. Pese a que algún autor (BADENES, 1977:111-112) ha defendido que se trataba de fundaciones, no era así, ya que no existía ni autonomía ni gestión independiente, sino dependencia orgánica y funcional del ente local que les dio vida. Se trataba de filiales de las entidades territoriales (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1986:371). Y así es como se han configurado, incluso perdiendo su antiguo nombre, en la vigente Ley de Bases del Régimen Local (Ley 7/1985, de 2 de abril)⁵³.

⁵² Esta figura ha sido contemplada por el artículo 85 de la Ley de Bases de Régimen Local (Ley 7/1985, de 2 de abril) como «organismo autónomo local», y por los artículos 95 y siguientes del Texto Refundido de las Disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto legislativo 781/1986, de 18 de abril, que determinan los agentes que asumen las funciones antiguamente encomendadas a las «fundaciones públicas del servicio»

⁵³ ALBI: *Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones Locales*, Aguilar, Madrid, 1960, págs. 329 y sigs. En su opinión, los autores del RSCL se inspiraron para adop-

Hoy por hoy parece difícil inducir un tipo común que englobe todos los supuestos estudiados en un estatuto general, como ocurre en Alemania (art. 89 BGB), Suiza y Austria, sino que parece más simple explicar sus peculiaridades como un conjunto de normas jurídico-públicas particulares que se sobreponen al fondo jurídico-privado del Derecho común de fundaciones, que es simplemente utilizado por la Administración (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1986:373).

La regulación sectorial de este tipo de fundaciones nos da pautas para entender mejor la nueva figura de las fundaciones públicas sanitarias.

1.4. Las fundaciones privadas de origen público o interferidas por el Estado

Finalmente cabe citar los supuestos de fundaciones privadas interferidas por la Administración para redoblar su protección, es el caso de la «Fundación Casa de Salud Valdecilla», de Santander (Decreto de 10 de diciembre de 1953), o la «Fundación Jiménez Díaz» (Decreto de 4 de diciembre de 1953), que en ningún caso han dejado de ser fundaciones privadas.

Otro tema diferente es la creación por el Estado de una auténtica fundación privada, como es el caso de un particular que legó sus bienes a un Instituto de Enseñanza Media (GARRIDO FALLA, 1963: 375)⁵⁴. A estos efectos podemos hacer referencia a las fundaciones universitarias, entre las que históricamente destacaron las Fundaciones Generales Universitarias. Históricamente, las Universidades en España eran de base fundacional hasta que la Ley de 11 de octubre de 1820, de supresión de las desvinculaciones, puso en estado público de venta sus bienes (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1992:25), y la Ley Moyano de 1845 las configuró como servicios administrativos.

tar esta figura «en un criterio doctrinal que equipara a la fundación civilista el sistema de descentralización funcional que los tratadistas franceses designan con el nombre de establecimiento público, considerando sinónimas ambas denominaciones»; no obstante, explicita su opinión contraria por entender que «entre las entidades administrativas descentralizadas y la fundación clásica existe una incompatibilidad absoluta por cuanto en aquéllas no concurren las notas esenciales de ésta», que identifica en la existencia de un fin propio un patrimonio afecto al mismo y desglosado del ente fundacional, un sujeto autónomo, independiente del fundador. En la opinión de ALBI no concurren estos requisitos en la denominada «fundación pública del servicio».

⁵⁴ Citado por GARRIDO FALLA en *La acción administrativa sobre la beneficencia privada y en especial sobre las fundaciones de este carácter*, Centenario de la Ley del Notariado, Madrid, 1963, pág. 375, nota 56.

La Universidad ha utilizado la fórmula fundacional hace ya tiempo en base al artículo 137 de la Ley 14/1970, de 4 de agosto, General de Educación y Financiamiento de la Reforma Educativa, y al Decreto 2930/1972, de 21 de julio (vgr: Fundación Universidad-Empresa, Fundaciones Generales Universitarias,...). El artículo 6.1 y 4 de la Ley 30/94 admite la constitución de fundaciones por personas jurídico-públicas, salvo que sus normas reguladoras establezcan lo contrario. Como quiera que la Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria no realiza una mención concreta al respecto, ha de entenderse al amparo del artículo 3.2 de la misma, apartados g) y k), que la Universidad admite la figura fundacional y que tiene competencias para la constitución de éstas, aunque, como ha expuesto certeramente S. MUÑOZ MACHADO, con límites claros y precisos, pues no es posible atribuir a las fundaciones las responsabilidades principales de la Universidad, ni competencias de los órganos estatutarios de aquélla, ni contrarias a los Estatutos, ni funciones esenciales de la Universidad, habiendo de tener en todo caso las **fundaciones universitarias** funciones especializadas⁵⁵.

Se ha explicado este fenómeno sobre la base de la extendida práctica de la «huida del Derecho administrativo»⁵⁶, pero ciertamente no sólo el uso del Derecho privado lo sustenta; la captación de recursos, la facilidad para la cooperación con el mundo de la empresa y de las tecnologías, así como el aprovechamiento de beneficios fiscales por parte de los que con las fundaciones se relacionan, han sido razones de peso que han inclinado la balanza a favor de la puesta en marcha de fundaciones universitarias.

Las actividades que pueden desarrollar las fundaciones universitarias son variadas, pudiéndose, citar entre otras, los siguientes:

⁵⁵ S. MUÑOZ MACHADO, intervención sobre «Las fundaciones y las universidades», en Jornada sobre Fundaciones Universitarias, Confederación Española de Fundaciones, Madrid, 7 de mayo de 1997.

⁵⁶ Término acuñado por el jurista suizo FLEINER. Sobre esta materia, ver, como mínimo, los siguientes estudios:

– GARRIDO FALLA: «Un tema de seguridad jurídica: la regulación de los entes instrumentales», *REDA*, 79, 1993.

– CLAVERO ARÉVALO: «Las entidades instrumentales de las Audiencias Provinciales», *RAP*, 127, 1992.

– MARTÍN RETORTILLO: «Las empresas públicas: reflexiones del momento presente», *RAP*, 126, 1992.

– VILLAR PALASÍ: «Tipología y derecho estatutario de las entidades instrumentales de las Audiencias Provinciales».

– BORRAJO INIESTA: «El intento de huir del Derecho administrativo», *REDA*, 78, 1993.

– SALA ARQUER: «Huida al Derecho privado y huida del Derecho», *REDA*, 75, 1992.

a) La prestación de servicios de investigación y asesoramiento (art. 11 de la LRU) como servicios retribuidos contratados al exterior⁵⁷.

b) Servir de soporte de las enseñanzas conducentes a la expedición de títulos propios frente a los de validez estatal, tales como títulos de postgrado no oficiales (R. D. 185/1985, de 23 de enero), títulos oficiales de especialización profesional no incluidos en el Doctorado (R. D. 1930/1984, de 10 de octubre), estudios de postgrado conducentes a la especialización del título de Doctor (R. D. 185/1985, ya citado), cursos «a la carta» y educación en alternancia (art. 28.3 de la LRU)⁵⁸.

c) Administración del patrimonio (residencias, arrendamientos, etcétera) con un enfoque gerencial de Derecho privado.

d) Apoyo a la investigación científica y técnica a través de la conexión con el mundo empresarial, del desarrollo de programas europeos, etc.

e) Gestión de las Oficinas de Transferencia de Resultados de Investigación (OTRIS), en su caso.

f) Realización de actividades de extensión universitaria, desde servicios culturales y de cooperación al desarrollo hasta los de promoción de empleo, entre otros.

g) La generación de fondos finalistas y particularmente no condicionados para la Universidad correspondiente, que tienen el carácter de complementarios. Esta actividad presumiblemente irá en alza en los próximos años.

h) En el caso de las Universidades privadas, las fundaciones pueden constituir una vía de cumplir una finalidad social (becas, prácticas, etc.), así como una fórmula para acceder a subvenciones vedadas a las sociedades mercantiles, o para el desarrollo de actividades de patrocinio y mecenazgo, logrando superar así las diferencias fiscales existentes frente a la Universidad pública (Disposición Adicional Sexta de la Ley 30/94).

Puede colegirse que la figura fundacional genera una sinergia positiva con el mundo de la Universidad, siendo estructuras complementarias, siempre y cuando no se desborden los límites y esté subordinada claramente la primera a la segunda. Hoy en día práctica-

⁵⁷ Vid. GÓMEZ OTERO, C.: «Contratación y gestión de la investigación en las Universidades públicas», *Actualidad Administrativa*, n.º 8, 1997.

⁵⁸ DEL VALLE PASCUAL, J. M.: «La contribución de las fundaciones a la gestión universitaria», en Jornada sobre Fundaciones Universitarias, Confederación Española de Fundaciones, Madrid, 7 de mayo de 1997).

mente cada Universidad tiene una o más fundaciones, movilizand o fuertes cantidades económicas.

Es digna de mención la paradoja, puesta de manifiesto por S. MUÑOZ MACHADO⁵⁹, de que la fundación universitaria se encuadra en un régimen organizativo (el Protectorado) muy diferente al de la autonomía universitaria (más dependiente de la autoridad administrativa del ramo en el primer supuesto que en el segundo), y de que por contraposición la fundación universitaria se invoque en aras de una mayor agilidad que permita gestionar mejor determinados servicios de la Universidad⁶⁰.

Otros supuestos de fundaciones privadas de origen público constituidas con anterioridad a la Ley 30/94, dignas de señalarse por su importancia, son la «**Fundación para la Formación Continua**» (**FORCEM**)⁶¹, que actualmente moviliza más de 100.000 millones de pesetas al año, y la «Fundación Centro de Estudios Monetarios y Financieros», creada en 1991 por el Banco de España con una dotación inicial de 1.000 millones de pesetas.

El caso es que el ordenamiento jurídico español no permite fácilmente la colaboración entre la Administración Pública y las empresas privadas. Todas las fórmulas existentes son negativas. La figura del consorcio es excesivamente rígida. La vía de la empresa mercantil no es válida, pues, de acuerdo con la normativa comunitaria, no puede ser subvencionada, ya que se incurriría en *dumping*. La asociación tampoco vale. De aquí que la fundación emerja como una fórmula instrumental ideal. Todo esto es aplicable a los diferentes ámbitos administrativos, pero particularmente a la Sanidad, tanto en las áreas de

⁵⁹ S. MUÑOZ MACHADO, intervención sobre «Las fundaciones y las universidades», en Jornada sobre Fundaciones Universitarias, Confederación Española de Fundaciones, Madrid, 7 de mayo de 1997.

⁶⁰ Una posición extrema en esta materia, *vid.* DEL SAZ CORDERO, S., «Las fundaciones en el ámbito universitario», *Autonomies*, Rev. Catalana de Derecho Público, n.º 23, Barcelona, 1998).

⁶¹ La «Fundación para la Formación Continua» nació a raíz del Primer Acuerdo Nacional de Formación Continua, firmado a finales de 1992, y fue constituida por la Confederación Española de Organizaciones Empresariales (CEOE), Confederación Española de Pequeña y Mediana Empresa (CEPYME), Unión General de Trabajadores (UGT), Confederación Sindical de Comisiones Obreras (CCOO) y Convergencia Intersindical Galega (CIG), en escritura pública otorgada en Madrid el día 19 de mayo de 1993.

El objeto principal de la Fundación es la administración y gestión de los fondos con destino a la formación continua de los trabajadores ocupados procedentes del INEM (parte alícuota de la cuota de Formación Profesional) y del Fondo Social Europeo.

gestión de centros hospitalarios y de atención como en las de investigación. (En este último supuesto, ¿cómo pueden ser contratados y retenidos investigadores de gran prestigio con salarios del extranjero y del mundo de la industria farmacéutica, sector Investigación y Desarrollo? Desde luego no con las figuras organizativas administrativas clásicas.)

1.5. Reflexión

Del análisis llevado a cabo hasta el momento puede colegirse una conclusión: **existen dos supuestos claramente diferenciados: las fundaciones privadas de origen público o en mano pública y las fundaciones públicas.** Las primeras se acogen a la normativa general de fundaciones (Ley 30/94), y las segundas, a su legislación específica. Se trata de una difícil coexistencia. A continuación profundizaremos en ambas tipologías y en sus implicaciones.

2. Las fundaciones privadas de origen público o en mano pública: régimen jurídico aplicable

El artículo 6.4 de la Ley 30/94 establece que *«las personas jurídico-públicas tendrán capacidad para constituir fundaciones, salvo que sus normas reguladoras establezcan lo contrario»*. Este artículo suscita los siguientes comentarios: en primer lugar se reconoce a las personas jurídico-públicas la capacidad para constituir fundaciones privadas regidas por la Ley 30/94; en segundo lugar, siguiendo a CAFFARENA (1995:50) hay que decir que esta posibilidad de que las personas jurídicas públicas creen fundaciones no viene impuesta por la Constitución. El artículo 34 de ésta se encuentra dentro del capítulo referente a los derechos y libertades, y aquella posibilidad no se corresponde con la finalidad de las fundaciones, que es la de ser un instrumento fundamental de participación de los particulares en la realización de actividades de interés general. Por ello, en cierto sentido se puede decir que admitir que las personas jurídicas públicas puedan constituir fundaciones supone una cierta desnaturalización de la figura fundacional. Por otra parte, existe el peligro de que por esta vía se eluda la aplicación de una serie de reglas que constituyen el estatuto jurídico de la persona jurídica pública fundadora. Además, el carácter heterónimo de la fundación añade un inconveniente más a esta solución. El hecho de que se haya admitido la constitución de otras personas jurídicas privadas y la idea de que la fundación puede ser un instrumento eficaz para las personas jurídicas públicas en el cumplimiento de su misión han llevado, sin embargo, al legislador a establecer

como regla la capacidad de las personas públicas para crear fundaciones⁶².

En definitiva, el supuesto que, sin duda, contempla la Ley 30/94 es el de fundación propiamente dicha, **o posibilidad de que el Estado por sí constituya una fundación privada**, sometida al Protectorado de un Ministerio determinado, en ocasiones el mismo que constituya la fundación, lo que supone, según algún autor, una patente anomalía no sólo porque el Estado se somete a su propio Protectorado, sino también porque por esta vía lo que parece que se pretende es aligerar determinados controles o intervenciones establecidas por la legislación para la actividad del Estado, amparándose en la constitución de una fundación de carácter particular, por lo que se ha llegado a sostener que es muy dudoso que este tipo de fundación pueda ser constituido (DE PRADA, 1994: 221), dudas que se han planteado también diciendo que la fundación de Estado «es una posibilidad y sólo eso», y que la Administración cuenta con instrumentos de actuación suficientes para no tener que acudir a procedimientos como el citado, que parece implicar un retroceso a situaciones ya superadas, como algo parecido a un resurgimiento de la beneficencia pública (REBOLLO, 1994:29). Esta situación ha sido calificada (ROJAS MONTES, 1996:15) como apropiación de una persona pública de una institución jurídica típica de la sociedad civil. Sin embargo, hay que afirmar que el artículo 6.4 de la Ley 30/94 no es inconstitucional.

La posibilidad que se ha considerado viable o sin problema alguno para su admisibilidad supone la realización por el Estado de actividades conjuntas con otras personas mediante convenios de colaboración que cuajan en una fundación privada, en la que el Estado participa, ya con su dotación, ya concediendo beneficios especiales o subvenciones, e interviniendo en los órganos de gobierno de la fundación. A veces lo que se pretende es la captación de fondos privados y el aprovechamiento de incentivos fiscales. Todo esto nos recuerda la historia sobre las cajas especiales en una aparente versión siglo XXI.

Pero en todo caso hay que tener bien claro que no se pueden crear fundaciones por personas jurídico-públicas para cualquier fin, sino que tiene que ser dentro de las competencias del ente público

⁶² *Vid.* Sobre la discusión respecto del tema en el Derecho francés E. BARÓN y X. DEL-SOL, *Les fondations reconnues d'utilité publique et d'entreprise*, Paris, 1992, págs. 16 y sigs. En el Derecho inglés, *The independence of Charities from the State, Discussion Paper*, Charity Commission, Londres, 1999.

correspondiente. Por tanto, la figura fundacional no puede ser utilizada con carácter exorbitante por las instituciones públicas, pues, como ha puesto de manifiesto el Tribunal Supremo (Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1989), no caben extralimitaciones competenciales de las Administraciones Públicas a través de entes interpuestos creados por ellas⁶³.

Lo que es constatable fácilmente es el fuerte crecimiento que probablemente tendrán este tipo de fundaciones, hecho que ya está ocurriendo, tanto en el sector del desarrollo comunitario y socio-económico como en el sanitario⁶⁴, entre otros. La reacción del péndulo nos llevará a regulaciones específicas de control de este tipo de fundaciones, como ya ha pasado recientemente en Galicia⁶⁵.

Cabe afirmar que el artículo 6.4 de la Ley 30/94 se aplica con carácter general en las Comunidades Autónomas, ya que forma parte de las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas, salvo en aquellas con competencia en materia de Derecho foral o especial, en que tendrá el carácter de supletorio. Hecho que parece contradictorio, PIÑAR MAÑAS (1995:716-717).

Para darnos una cabal importancia de las fundaciones privadas de origen público citaré algunos casos: la «Fundación del Teatro Lírico» (1996, en cuyo Patronato participan el Ministerio de Educación y Cultura, la Comunidad y el Ayuntamiento de Madrid); la «Fundación Escuela de Organización Industrial» (Ley 12/96); la «Fundación Seguridad y Salud en el Trabajo» (Ley 31/95); la «Fundación Iberoamericana para la Administración Pública» (INAP); la «Fundación Hospital de Manacor» y la «Fundación Hospital de Alcorcón» (R. D. ley 10/1996 y Acuerdo de Consejo de Ministros de 22 de noviembre de 1996, cuyo antecedente es la «Fundación Hospital de Verín», de Galicia; la «Fundación Carlos III para la Investigación del Cáncer»,

⁶³ La Sentencia del Tribunal Supremo referida anuló la creación de una empresa de capital riesgo («Iniciatives») por parte del Ayuntamiento de Barcelona sobre la base de negarle la posibilidad a esta entidad local de participar directamente con una empresa de capital público en la creación de otras empresas, pues, a juicio del Alto Tribunal, suponía una extralimitación competencial para la que esta Corporación Local no tenía habilitación suficiente.

⁶⁴ *Vid.* Real Decreto-ley 10/1996, de 17 de junio, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del INSALUD, así como la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud, que serán estudiados con profundidad más adelante.

⁶⁵ *Vid.* Ley 10/1996, de 5 de noviembre, de actuación de entes y empresas en las que tiene participación mayoritaria la Xunta de Galicia en materia de personal y contratación.

creada en 1999 por el Ministerio de Sanidad Consumo, que coordinará el Centro Nacional de Investigaciones Oncológicas, y otras de este ámbito, tales como la «Fundación para la Investigación y la Prevención del SIDA en España» (FIPSE), la «Fundación Instituto de Investigación Cardiovascular»; la «Fundación para la Cooperación y Salud Internacional»; la «Fundación Oficina Técnica Iberoamericana del Medicamento» (OTIME), todas ellas de muy reciente creación y que cuentan con patrocinios privados procedentes de la industria farmacéutica, junto con fondos públicos; la «FORCEM» y la «Fundación Centro de Estudios Monetarios y Financieros», ya citadas, así como numerosas fundaciones creadas por Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales, particularmente para el desarrollo de actividades sanitarias y de investigación médica, de desarrollo comunitario, de promoción universitaria y de investigación, así como para el fomento del deporte y otras actividades de interés público. En fin, se trata de **entes social-privados gestores de un servicio público en régimen de Derecho privado** (PAREJO ALFONSO, 1999:11).

Como ha expresado certeramente A. NIETO: «Lo que ha ocurrido no es que se haya limitado el Estado, que el Estado se ha sumergido: más de la mitad de nuestra Administración ha abandonado la veste pública...»⁶⁶.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que estas fundaciones privadas de origen público o en mano pública **forman parte en todo caso del «bloque público»** (PIÑAR MAÑAS, 1998:49), lo que las hace estar sometidas a la normativa estatal y comunitaria aplicable al sector público.

En esta línea hay que citar la precursora Ley gallega 10/1996, de 5 de noviembre, sobre actuación de entes y empresas con participación mayoritaria de la Xunta, estableciendo que la selección de personal de las fundaciones gallegas de origen público, o incluso de aquellas cuyos ingresos deriven mayoritariamente de subvenciones con cargo a los presupuestos de la Comunidad Autónoma, será efectuada con respecto a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad de la convocatoria (art. 2). De otro lado, en cuanto a la contratación, ajustarán su actuación a los principios de publicidad, concurrencia y objetividad que rigen en la contratación de las Administraciones Públicas, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios (art. 9). *In fine* estas funda-

⁶⁶ «La reforma de la Administración Pública en España», Conferencia pronunciada en San Sebastián en la Tercera Semana de Derecho Público: El Gobierno y la Administración, 7 a 10 de julio de 1992.

ciones estarán sujetas al control financiero de la Intervención General de la Comunidad Autónoma, que lo realizará mediante la realización de auditorías en cada ejercicio presupuestario (art. 11) y habrán de remitir sus cuentas al Consejo de Cuentas de Galicia para su fiscalización (art. 12).

Continuando con el razonamiento iniciado y por analogía, cabría preguntarse sobre cuál es la normativa aplicable a esta tipología de fundaciones privadas de origen público, siguiendo su ciclo vital.

En primer lugar, como marco general, hay que referirse al **artículo 103 de la Constitución** referente a la Administración Pública y a la imposibilidad legal de que se produzcan extralimitaciones competenciales por parte de la entidad pública fundadora.

En cuanto al **proceso de constitución** (arts. 6 a 11 de la Ley 30/94 de Fundaciones), hemos de señalar la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Bases del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (arts. 22 y sigs.), respecto de la formación de la voluntad del fundador (órgano colegiado), que habrá de ser motivada y justificada. Así como a la Ley del Patrimonio del Estado de 15 de abril de 1964 y su Reglamento, por lo que respecta a la disposición de bienes para la **dotación fundacional** (arts. 10 y 17 de la Ley 30/94). Al mismo nivel, y a efectos de las Corporaciones Locales, hay que traer a colación la Ley de Régimen Local de 2 de abril de 1985, el Texto Refundido aprobado por Real Decreto legislativo de 18 de abril de 1986 y el Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, Reglamento de Bienes.

Por lo que se refiere al **funcionamiento y actividad** de la fundación, le es plenamente aplicable lo dispuesto por la Ley 30/94 (arts. 21 a 26).

Respecto al **Protectorado**, que es la actividad pública que ejerce las competencias de vigilancia sobre las fundaciones se aplicará el artículo 32 y siguientes de la Ley 30/94. La Disposición Primera del Real Decreto 316/1996, de 23 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Fundaciones de Competencia Estatal, establece que mediante Acuerdo del Consejo de Ministros se podrá conferir a otros Departamentos ministeriales el ejercicio del Protectorado de aquellas fundaciones cuyos fines se vinculen con las atribuciones de los mismos. De esta forma, junto a los tradicionales Protectorados de los Ministerios de Trabajo y Asuntos Sociales y de Educación y Cultura, se han creado de los Ministerios de Industria y Energía, de Sanidad y Consumo (para las fundaciones sanitarias en su amplio espectro) y de Medio Ambiente. En suma, cada Ministerio fundador se irroga el

ejercicio del Protectorado con una proliferación excesiva y quizás redundante e innecesaria. De *lege ferenda* se debería ir a un ente regulador neutral, pues en la actual situación los inconvenientes de encaje son múltiples.

Así podemos hacer referencia, al menos, a las siguientes incongruencias: ser protector y protegido al mismo tiempo (dificultades de control externo); la competencia del Protectorado es más formal que material; dificultades procesales, pues la responsabilidad se ha de exigir ante los Tribunales, y finalmente la impugnación de los acuerdos del Protectorado por la fundación se ha de plantear ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Este punto nos lleva a reflexionar sobre la separación que ha de existir entre la persona jurídica pública fundadora y la fundación constituida, como persona jurídica independiente de Derecho privado sometida a la Ley 30/94, con patrimonio propio (art. 17 de la citada Ley) y con personal propio (no cabe la transferencia de funcionarios en comisión de servicio a las fundaciones privadas de origen público).

Ésta probablemente sea una de las razones (el mantenimiento del régimen estatutario del personal)⁶⁷, junto con las de carácter político-ideológico de defensa del Sistema Público de Salud y las de carácter legal (LOFAGE), que han llevado a publicarse a las fundaciones sanitarias, como se estudiará más adelante, a través de una procelosa evolución.

Finalmente, en este apartado, y siguiendo el ciclo vital de las fundaciones, cabe preguntarse por el supuesto de **extinción**. En este caso a estas fundaciones les son aplicables los artículos 29 y siguientes de la Ley 30/94 y el propio artículo 39 del Código Civil.

3. Las fundaciones públicas

El segundo supuesto a analizar es el de las fundaciones creadas por entidades públicas, de naturaleza jurídico-pública y de organización privada, **con regulación sectorial propia** y que son una **manifestación de la descentralización institucional**. Se trata de entes públicos de base fundacional.

⁶⁷ Una vez escrito este artículo, el Real Decreto 29/2000, de 14 de enero, sobre nuevas formas de gestión del INSALUD, ha reconocido, en su preámbulo, expresamente este asunto, *vid.* además artículo 19 del mencionado Reglamento.

Como antecedentes hemos estudiado previamente (epígrafe II, 1.3) «Las Fundaciones Públicas del Servicio» del ámbito local, verdaderos organismos autónomos en este nivel territorial.

A la luz de lo prescrito en ejecución del artículo 103.2 de la Constitución, por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, estas fundaciones necesitan ser creadas por ley.

Sin embargo, la confusión entre los dos conceptos de fundaciones que puede crear las Administraciones Públicas ha dado lugar a un amplio hacer administrativo y a un agrio debate político posterior sobre las fundaciones sanitarias como instrumento idóneo, o no, para la gestión hospitalaria, adobado con acusaciones de privatización del Sistema de Salud regulado por la Ley General de Sanidad; me abstraigo a los efectos de este artículo del citado debate y profundizaré sobre el camino seguido para conectar este importante tema con la función de control del sector público, tanto interno como externo, respecto de estas nuevas entidades, como expresión de la gestión de servicios públicos⁶⁸.

Esta tipología de fundaciones públicas ha sido definida por la doctrina como «**entes públicos organizados como social-privados y gestores de un servicio público en régimen de Derecho privado**». (PAREJO ALFONSO, 1999:11).

III. LAS FUNDACIONES SANITARIAS (FUNDACIONES PRIVADAS DE ORIGEN PÚBLICO Y FUNDACIONES PÚBLICAS SANITARIAS)

1. El iter normativo de las fundaciones sanitarias

El Real Decreto-ley 10/1996, de 17 de junio, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del INSALUD, en su artículo único dispuso:

«En el ámbito del Sistema Nacional de Salud, la gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios de protección de la salud o de atención sanitaria o socio-sanitaria podrá llevarse a cabo directa o indirecta

⁶⁸ Como formas clásicas de la prestación de asistencia sanitaria caben citar varios supuestos: hospitales y centros de salud propios; hospitales gestionados por la Administración sanitaria; hospitales con convenio singular, así como hospitales y otros centros concertados. Como fórmulas alternativas de gestión recientes hay que mencionar las siguientes: empresa pública, consorcio, fundación y concesión administrativa (gestión indirecta a través de concurso público).

tamente mediante cualesquiera entidades admitidas en Derecho, así como a través de la constitución de consorcios, **fundaciones** u otros entes dotados de personalidad jurídica, pudiéndose establecer además acuerdos o convenios con personas o entidades, públicas o privadas, y fórmulas de gestión integrada o compartida»⁶⁹.

Posteriormente durante la convalidación parlamentaria del Real Decreto-ley se acordó que se tramitara como proyecto de ley, siendo modificado sustantivamente a través de la Ley 15/1997, de 25 de abril, cuyo artículo único establece:

«1. En el ámbito del Sistema Nacional de Salud, garantizando y preservando en todo caso su condición de servicio público, la gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios de protección de la salud, o de atención sanitaria, o sociosanitaria, podrá llevarse a cabo directa o indirectamente a través de la constitución de cualesquiera **entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en Derecho**.

En el marco de lo establecido por las leyes, corresponderá al Gobierno, mediante Real Decreto, y a los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas —en los ámbitos de sus respectivas competencias— determinar las formas jurídicas, órganos de dirección y control, régimen de garantías de la prestación, financiación y peculiaridades en materia de personal de las entidades que se creen para la gestión de los centros y servicios mencionados.

2. La prestación y la gestión de los servicios sanitarios y sociosanitarios podrá llevarse a cabo, además de con medios propios, mediante acuerdos, convenios o contratos con personas o entidades públicas o privadas en los términos previstos en la Ley General de Sanidad.»

Como puede observarse, la expresión «fundaciones u otros entes dotados de personalidad jurídica» se cayó del texto legal, aunque cabría englobarlo en la genérica de «entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en Derecho». Así, en la exposición de motivos textualmente se afirma: «La presente disposición ampara la gestión a través de entes interpuestos dotados de personalidad jurídica, tales como empresas públicas, consorcios o fundaciones —en los mismos términos a las ya creadas— u otras entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en nuestro ordenamiento jurídico.»

⁶⁹ En la corrección de errores del citado Real Decreto-ley, que apareció el 20 de junio de 1996 en el BOE (dos días después de su publicación), desapareció, después de «cualquiera entidades admitidas en derecho», la expresión «creadas por personas o entidades públicas o privadas», trasladándose al penúltimo renglón después de «convenios». La presión de las Comunidades Autónomas con competencia en esta materia y el debate político de fondo sobre el Sistema Público de Salud se hizo notar.

Por otra parte, como ha expresado MORELL OCAÑA (1999:261), **ambas normas comentadas rompen frontalmente en el ámbito sanitario con la orientación marcada por la LOFAGE**, eludiendo el requisito de ley constitutiva con propuesta de estatutos propios y plan de actuación inicial.

2. Las fundaciones públicas sanitarias

La situación descrita era poco sostenible (PIÑAR MAÑAS, 1998:61); era necesario darle un sustrato normativo a estas **fundaciones público sanitarias**, y a este fin la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social les otorga un régimen jurídico específico por medio de su **artículo 111**, que se transcribe a continuación:

«1. De acuerdo con lo establecido en la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud para la gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios de protección de salud, o de atención sanitaria, o sociosanitaria, podrán crearse cualesquiera entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en Derecho, y entre ellas las fundaciones públicas sanitarias, que se regulan por las disposiciones contenidas en el presente artículo, por lo que se refiere al ámbito del Instituto Nacional de la Salud, y por la normativa específica de cada Comunidad Autónoma, en lo referente a las fundaciones públicas sanitarias que se puedan crear en su respectivos ámbitos territoriales.

2. Las fundaciones públicas sanitarias son organismos públicos, adscritos al Instituto Nacional de la Salud, que se regirán por las disposiciones contenidas en este artículo.

3. La constitución, modificación y extinción de las fundaciones públicas sanitarias, así como sus correspondientes estatutos, serán aprobados por Acuerdo del Consejo de Ministros a propuesta del Ministro de Sanidad y Consumo. Al proyecto de acuerdo se acompañará el plan inicial de actuación al que se refiere el apartado siguiente.

4. El plan inicial de actuación de las fundaciones públicas sanitarias será aprobado por la Presidencia Ejecutiva del INSALUD, e incluirá los siguientes extremos:

a) Los objetivos que la entidad deba alcanzar.

b) Los recursos humanos, financieros y materiales precisos para su funcionamiento.

5. El personal al servicio de las fundaciones públicas sanitarias, con carácter general, se regirá por las normas de carácter estatutario relativas al personal de Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social.

Asimismo, podrá incorporarse personal que ostente vinculación de carácter funcionarial o laboral, al que le será de aplicación su propia normativa.

6. *El personal directivo, que se determinará en los estatutos de la entidad, podrá contratarse conforme al régimen laboral de alta dirección previsto en el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto. Si la designación recae en quien ostente vinculación como personal estatutario fijo o funcionario de carrera, podrá efectuarse nombramiento a través del sistema de libre designación.*

7. *El régimen de contratación respetará, en todo caso, los principios de publicidad y libre concurrencia, y se regirá por las previsiones contenidas al respecto en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas.*

8. *Las fundaciones públicas sanitarias dispondrán de su propio patrimonio y podrán tener bienes adscritos por la Administración General del Estado o por la Tesorería General de la Seguridad Social.*

Por lo que respecta a los bienes inmuebles del patrimonio de la Seguridad Social que se les adscriban, serán objeto de administración ordinaria por las fundaciones públicas sanitarias, a cuyos efectos se les atribuyen los mismos derechos y obligaciones que a las Entidades gestoras de la Seguridad Social.

En lo que respecta a su propio patrimonio, podrán adquirir a título oneroso o gratuito, poseer, arrendar bienes y derechos de cualquier clase, que quedarán afectados al cumplimiento de sus fines. Las adquisiciones de bienes inmuebles, así como las enajenaciones de bienes inmuebles propios, requerirán el previo informe favorable de la Presidencia Ejecutiva del Instituto Nacional de la Salud.

9. *Los recursos económicos de las fundaciones públicas sanitarias podrán provenir de cualesquiera de las fuentes previstas en el artículo 65.1 de la Ley 6/1997 sobre Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.*

10. *El régimen presupuestario, económico-financiero, de contabilidad, intervención y de control financiero será el establecido en la Ley General Presupuestaria para las entidades públicas⁷⁰ empresariales.*

11. *Las fundaciones públicas sanitarias se regirán en lo no previsto en el presente artículo por lo dispuesto para las entidades públicas empresariales en la Ley 6/1997 sobre Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.»*

Frente al sistema tradicional de gestión sanitaria de carácter centralizado se han adjudicado a las fundaciones públicas sanitarias las siguientes ventajas: titularidad jurídica propia; patrimonio propio, con

⁷⁰ ROMAY BECCARÍA (Ministro de Sanidad y Consumo) en las Jornadas «Formulas de Organización y Gestión en la Sanidad para el Nuevo Siglo», 17 de diciembre de 1998, organizadas, en Madrid, por la Confederación Española de Fundaciones.

lo que significa de posibilidad de generación de estrategias que hagan repercutir en el interior del centro las mejoras en la gestión; gestión de tesorería propia; pago indirecto a los proveedores; mayor flexibilidad en el manejo del presupuesto al ser posible la movilidad entre partidas, y compatibilizar la autonomía de gestión con el mantenimiento del régimen actual del personal estatutario. En fin, la tan traída autonomía de gestión, uno de los ejes del conocido «Informe Abril», del comienzo de la década de los noventa.

Opiniones en contra se han manifestado desde distintos puntos de vista por SÁNCHEZ BAYLE (1998), que conecta a estas fundaciones con la desintegración del Sistema Nacional de Salud, la privatización de la Sanidad y el empeoramiento de las condiciones laborales en los centros sanitarios⁷¹. ARIÑO ORTIZ (1998) las ha llegado a tildar de abuso de las «formas jurídicas» y de «mucho ruido y pocas nueces»⁷². BAREA TEJEIRO (1998) opina que el reconocimiento de personalidad jurídica a los hospitales es necesario, pero no suficiente, desde la perspectiva del control del gasto sanitario⁷³. Finalmente, COSTAS LOMBARDÍA las ha calificado por distintas razones como «una buena intención expresada con timidez»⁷⁴.

La **LOFAGE ha sido desbordada ampliamente** en este ámbito, como ya el autor (1998:1067) había puesto de manifiesto *a sensu contrario*, entre otras causas por la estrechez del artículo 43, que sólo reconoce como Organismos públicos a los Organismos autónomos y a las Entidades públicas empresariales. La realidad de la gestión (flexibilización, descentralización y autonomía de la gestión sanitaria) ha sido más bien tozuda y ello incluso con carácter previo a la aprobación parlamentaria de la propia LOFAGE (téngase en cuenta que la primera norma que se ha comentado ha sido el Real Decreto-ley 10/1996, de 17 de junio)⁷⁵. Ciertamente, bien podría haberse aprovechado la experiencia y haber configurado la LOFAGE con criterios de mayor amplitud en lo que se refiere a las organizaciones instrumentales diferenciadas y dependientes de la Administración General

⁷¹ SÁNCHEZ BAYLE «Fundaciones sanitarias», Diario *El País*, 4 de diciembre de 1998 (pág. 36).

⁷² ARIÑO ORTIZ: «Fundaciones sanitarias: mucho ruido y pocas nueces», Diario *Expansión*, 16 de diciembre de 1998.

⁷³ BAREA TEJEIRO: «Fundaciones públicas y control del gasto sanitario», Diario *La Razón*, 10 de diciembre de 1998 (pág. 47).

⁷⁴ COSTAS LOMBARDÍA: «Inútiles fundaciones», Diario *El País*, 15 de enero de 2000 (pág. 25).

⁷⁵ Escritas estas líneas, el Real Decreto 29/2000, de 14 de enero, sobre nuevas formas de gestión del INSALUD, en su preámbulo, reconoce expresamente este hecho, «Acomodación técnica de la Ley 6/1997, LOFAGE, a las peculiaridades del ámbito sanitario».

del Estado, como Entidades de Derecho público que desarrollan actividades derivadas de aquélla y particularmente respecto de las Entidades públicas empresariales.

Lo cierto es que la regulación específica ha consumado un **régimen jurídico propio de las fundaciones públicas sanitarias**, que en ningún caso son encajables en la Ley 30/94.

Este régimen jurídico propio (Leyes 15/1997 y 50/1998) ha sido desarrollado recientemente **por el Real Decreto 29/2000, de 14 de enero, sobre nuevas formas de gestión del Instituto Nacional de la Salud**, estableciendo como tales (art. 3) las fundaciones de la Ley 30/94 (fundaciones privadas de origen público), los consorcios, las sociedades estatales y finalmente las fundaciones públicas sanitarias⁷⁶.

Esta norma reglamentaria consagra la autonomía de gestión de las entidades citadas sin merma del carácter de servicio público. Asimismo, se regulan una serie de disposiciones comunes a las nuevas formas de gestión que afectan a las siguientes materias: planificación, coordinación y cooperación; garantías; de la gestión de los centros, servicios y establecimientos sanitarios; del régimen económico-financiero⁷⁷; del personal; órganos de gobierno y dirección; órganos de participación, y de las garantías a los ciudadanos y de las reclamaciones.

⁷⁶ Este Real Decreto ha sido recurrido por la Confederación Estatal de Sindicatos Médicos por considerarlo inconstitucional y contrario a normas de mayor rango, como la LOFAGE o la Ley General de Sanidad. En su recurso ante el Tribunal Supremo, el sindicato mayoritario de los facultativos españoles argumenta que este Real Decreto vulnera la Carta Magna al dictarse en desarrollo de una norma (la Ley 50/1998, de Acompañamiento a los Presupuestos Generales) que, según doctrina del Tribunal Constitucional, no puede utilizarse para dar cobertura legal a otras materias que no sean estrictamente presupuestarias. Asimismo, la CESH cree que la norma aprobada en Consejo de Ministros infringe los artículos 148.1.21.^a de la Constitución y 52 de la Ley General de Sanidad, donde se establece que la regulación y desarrollo de los órganos de gestión de los servicios sanitarios corresponde a las Comunidades Autónomas, lo que se contradice con el hecho de que el Estado imponga *de facto* un modelo de organización determinado. El recurso alude también a que el Real Decreto vulnera el artículo 61 de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración (LOFAGE) –donde se exige que iniciativas como la llevada a cabo se creen por ley y no mediante acuerdo del Consejo de Ministros–, así como el principio general de coordinación de la política sanitaria, encomendada por la Ley General de Sanidad al Consejo Interterritorial de Salud, que no ha participado en la elaboración de la norma.

⁷⁷ A este respecto hay que señalar que, según se desprende del Dictamen del Consejo de Estado 3715/99, de 29 de diciembre, sobre el Real Decreto 29/2000, la Intervención General de la Administración del Estado mostró su preocupación sobre los aspectos económico-financieros, especialmente en lo que concierne a las dotaciones económicas iniciales, relación entre las entidades reguladas y de éstas con la Tesorería General de la Seguridad Social, etc.

Hay que destacar que el Real Decreto citado ha sido concebido acudiendo en no pocas cuestiones polémicas a las referencias a textos legales a los que hay que atenerse.

La regulación específica de las fundaciones públicas sanitarias viene establecida en los **artículos 62 a 74 del Real Decreto 29/2000**, ya citado, que las define como organismos públicos, adscritos al INSA-LUD, con personalidad jurídica propia. Su régimen jurídico deriva de lo dispuesto en el artículo 111 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social; por el presente Real Decreto, por sus estatutos y por lo dispuesto para las entidades públicas empresariales en la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado en lo no previsto en aquéllos. Su constitución, modificación y extinción, así como sus estatutos iniciales han de ser aprobados por el Consejo de Ministros a propuesta del Ministerio de Sanidad y Consumo, que ejerce la voluntad del fundador y que se han de publicar en el *BOE*. El artículo 65 determina el contenido mínimo de sus estatutos; el «Plan inicial de actuación» (art. 66) será aprobado por la Presidencia Ejecutiva del INSALUD y se redactará de acuerdo con el Real Decreto 1162/1999, de 2 de julio, por el que se regula el contenido del plan inicial de actuación de los organismos públicos, previsto en el artículo 62 de la LOFAGE. El máximo órgano de gobierno de la fundación es el Consejo de Gobierno (arts. 67 a 71).

La **contratación** de las fundaciones públicas sanitarias respetará, en todo caso, los principios de publicidad y libre concurrencia y se regirá por las previsiones contenidas al respecto en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas (art. 72).

Asimismo, el artículo 73 sobre **personal** establece que:

«1. El personal al servicio de las fundaciones públicas sanitarias tendrá vinculación de carácter estatuario y le serán de aplicación las normas relativas al personal de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social.

2. Podrá incorporarse a las fundaciones públicas sanitarias personal que ostente vinculación de carácter funcional o laboral cuando ya viniesen prestando servicios en los centros sanitarios que se conviertan en fundaciones públicas sanitarias.

3. Previo informe de los órganos de representación correspondientes, igualmente, podrá vincularse personal funcionario o laboral de nueva incorporación para la realización de funciones cuya naturaleza, por su contenido o duración, haga más adecuadas estas vinculaciones.

4. De conformidad con lo establecido en el artículo 111, apartado 6, de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del or-

den social, el personal directivo que se determine en los estatutos de las fundaciones públicas sanitarias podrá contratarse conforme al régimen laboral de alta dirección previsto en el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto. Si la designación recae en quien ostente vinculación como personal estatutario fijo, o funcionario de carrera, podrá efectuarse nombramiento a través del sistema de libre designación.»

Por otra parte, el artículo 74 sobre **régimen económico-presupuestario** determina que:

«El régimen presupuestario, económico-financiero, de contabilidad, intervención y de control financiero de las fundaciones públicas sanitarias será el establecido para las entidades públicas empresariales en la Ley General Presupuestaria.»

3. Fundaciones sanitarias constituidas al amparo de la Ley 30/94, como categoría residual para los centros hospitalarios de nueva planta

La Disposición Adicional Quinta del Real Decreto 29/2000 comentado establece que:

«Al objeto de preservar el régimen estatutario del personal que presta sus servicios en los actuales centros sanitarios, éstos sólo podrán adquirir personalidad jurídica mediante su conversión en fundaciones públicas sanitarias, según el procedimiento establecido en la disposición adicional siguiente, o a través de la constitución de consorcios.»

Esta regla limita la figura fundacional de la Ley 30/94 (fundaciones sanitarias privadas de origen público, tipo los Hospitales de Manacor y Alcorcón, y recientemente el Hospital de Calahorra por Acuerdo del Consejo de Ministros de 7 de abril de 2000) a los centros hospitalarios de nueva construcción. La presión política de la oposición y de ciertas Comunidades Autónomas, así como la negociación sindical, se hizo notar, reconfigurando el alcance de la reforma iniciada con el Decreto-ley 10/1996.

Las fundaciones sanitarias constituidas al amparo de la Ley 30/94, son reguladas en los artículos 38 a 45 del Real Decreto ya citado. El artículo 38 establece que:

«Tendrán la consideración de fundaciones, en el ámbito del presente Real Decreto, las organizaciones sanitarias sin ánimo de lucro constituidas por el Instituto Nacional de la Salud que destinen y afecten un patrimonio a la realización de fines sanitarios de interés general y que tengan por objetivo la gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios de protección de la salud o de atención sanitaria.»

En cuanto a su régimen jurídico, «las fundaciones se regirán por sus estatutos, por el presente Real Decreto y, en todo caso, **por la Ley 30/1994**, de 24 de noviembre, y por las demás disposiciones estatales o autonómicas que les sean de aplicación» (art. 39).

Por lo que se refiere a la capacidad para fundar (art. 40):

«1. El Instituto Nacional de la Salud, en el ámbito de las competencias que tiene atribuidas para la administración y gestión de centros y servicios sanitarios, podrá constituir fundaciones, sometidas al presente Real Decreto, mediante autorización acordada por el Consejo de Ministros a propuesta del Ministro de Sanidad y Consumo.

2. El acuerdo del Consejo de Ministros que autorice al Instituto Nacional de la Salud para la creación de la fundación aprobará inicialmente sus estatutos y se publicará en el Boletín Oficial del Estado, sin perjuicio de posteriores modificaciones que se adaptarán a lo dispuesto en la Ley 330/1994, de 24 de noviembre, de fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general.

3. Los estatutos iniciales determinarán los aspectos esenciales, para cuya modificación será necesaria la autorización del Consejo de Ministros.»

El contenido mínimo de los estatutos (art. 41) será el siguiente:

- a) Denominación, ámbito y domicilio.
- b) Duración.
- c) Régimen normativo.
- d) Personalidad jurídica.
- e) Objeto y finalidades.
- f) Beneficiarios.
- g) Protectorado.
- h) Órganos de la fundación.
- i) Régimen patrimonial, financiero, presupuestario y contable, en los términos establecidos en la legislación vigente.
- j) Régimen personal.
- k) Régimen de contratación.
- l) Régimen de modificación, fusión y extinción.
- m) Las garantías, procedimientos de planificación, coordinación y de control de gestión y de funcionamiento por el Instituto Nacional de la Salud, en los términos contemplados en el Capítulo II del presente Real Decreto.»

El artículo 42 regula el Patronato como máximo órgano de gobierno y su composición.

En relación con el tema de la **contratación** de acuerdo con el artículo 43:

«Las fundaciones ajustarán su actividad contractual al derecho civil y mercantil y estarán sujetas a los principios de publicidad y concurrencia, salvo en los casos no exigidos en la legislación sobre contratos de las Administraciones Públicas. Dichos principios se materializarán en la obligación de publicar un anuncio, al menos, en un periódico de ámbito estatal y en otro local, y en la concesión de un plazo mínimo de diez días para la presentación de ofertas, a contar desde la fecha del anuncio.»

La relación jurídica del **personal** al servicio de las fundaciones será de carácter laboral y, en consecuencia, le será de aplicación lo dispuesto en el Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y demás disposiciones de desarrollo (art. 44). La selección y provisión de puestos de trabajo se regirá por lo establecido por el artículo 21 del Real Decreto 29/2000 (convocatoria pública ajustada a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad).

Finalmente, *«el régimen presupuestario, económico-financiero, de contabilidad, intervención y control financiero de estas entidades será el establecido en la Ley General Presupuestaria y, en su defecto, en su propia normativa de aplicación»* (art. 45).

IV. EL CONTROL DE LAS FUNDACIONES CREADAS POR PERSONAS JURÍDICAS PÚBLICAS O DE TITULARIDAD PÚBLICA. ESPECIAL REFERENCIA A LAS FUNDACIONES SANITARIAS

Una vez analizadas las diversas tipologías de las fundaciones que pueden ser creadas por las Administraciones Públicas y particularmente en el ámbito sanitario, me propongo incidir en los mecanismos de control aplicables a las mismas según sus categorías, pues, como ya ha quedado expuesto en ambos casos, nos encontramos dentro del «bloque de lo público».

A estos efectos como precedente destacable hemos de tener en cuenta la Ley 10/1996, de 5 de noviembre, sobre actuaciones y empresas en las que tiene participación mayoritaria la Xunta de Galicia (ya comentada con anterioridad en el epígrafe II.2).

1. Respetto de las fundaciones privadas de origen público (a las que es aplicable la Ley 30/94)

En primer lugar hay que referirse al **Protectorado**, al que ya hemos aludido con anterioridad, que radicará previsiblemente en el Ministerio de cabecera y que ejercerá las competencias reconocidas por el artículo 32 de la Ley, ante el que habrán de rendir cuentas (arts. 21, 23, 25 y 26) y en su caso auditarse externamente (art. 23).

Además, en el caso específico de las fundaciones privadas de origen público sanitarias (Fundaciones Hospitales de Alcorcón y Manacor) se les aplicará lo dispuesto por el **Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de noviembre de 1996** (publicada en el *BOE* de 6/02/97 por Resolución de 21 de enero de 1997 de la Secretaría General de Asistencia Sanitaria) por el que se autoriza al INSALUD a constituir determinadas fundaciones al amparo del Real Decreto-ley 10/1996 y se aprueban los correspondientes Estatutos, que regulan el régimen patrimonial, financiero y contable que le es aplicable. (En la gestión y registro de actividades económicas y patrimoniales será de aplicación el Plan General de Contabilidad Pública. Están sometidas al control financiero previsto en el art. 17 del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria, sin perjuicio de las competencias que corresponden al Tribunal de Cuentas.)

Por lo que se refiere al régimen jurídico del personal, se ajusta a las normas de Derecho laboral, aplicándose en las contrataciones los principios de mérito, capacidad y publicidad. En cuanto la contratación administrativa, han de respetar la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, en virtud de lo dispuesto por su artículo 1.3. Esta regulación estatutaria, aprobada por un simple Acuerdo del Consejo de Ministros (y no por una disposición normativa), era muy endeble y criticable. A suplir estas carencias ha venido la cobertura reglamentaria del **Real Decreto 29/2000, de 14 de enero**, ya citado.

En otro orden de ideas me referiré a una **confusión legal suscitada en relación con el control de las fundaciones privadas de origen público** y sin perjuicio de lo establecido por el artículo 4.2 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, en su artículo 52, modificó determinados artículos de la Ley General Presupuestaria, relativos a la contabilidad pública para que les fueran de aplicación a las fundaciones de competencia o titularidad pública estatal.

Concretamente los artículos afectados son:

«Artículo 123.

3. Las fundaciones de competencia o titularidad pública estatal formarán y rendirán sus cuentas de acuerdo con los principios y normas de contabilidad recogidos en la adaptación del Plan General de Contabilidad a las entidades sin fines lucrativos y disposiciones que lo desarrollen.

Artículo 127.

1. Serán cuentadantes los titulares de las entidades y órganos sujetos a la obligación de rendir cuentas y, en todo caso:

f) Los Presidentes del Patronato de las fundaciones de competencia o titularidad pública estatal.

Artículo 129.

1. La intervención General de la Administración del Estado realizará anualmente la auditoría de las cuentas que deban rendir los Organismos Autónomos, las Entidades públicas empresariales y los Organismos públicos y las Entidades a que se refieren las Disposiciones adicionales 9 y 10 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, las Entidades del Sistema de Seguridad Social y las Fundaciones de competencia o titularidad pública estatal.

2. El informe de auditoría se emitirá en un plazo no superior a tres meses contados a partir del momento en que las cuentas se pongan a disposición de los auditores. A tal fin los organismos, entidades o sociedades auditados estarán obligados a facilitar cuanta documentación e información fuera necesaria para realizar los trabajos de auditoría de cuentas.

Artículo 130.

1. ... Las sociedades mercantiles estatales y las fundaciones de competencia o titularidad pública estatal rendirán, además de las cuentas que les son exigidas por su legislación específica, una memoria relativa al cumplimiento de las obligaciones de carácter económico-financiero que asumen estas entidades como consecuencia de su pertenencia al sector público.

3. La Intervención General de la Administración del Estado remitirá al Tribunal de Cuentas la documentación a que se refiere el punto anterior en el plazo de un mes desde que la hubiera recibido.»

Desgraciadamente, la expresión utilizada respecto del ámbito subjetivo en esta modificación legal citada no fue la adecuada, pues el Real Decreto 316/1996, de 23 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Fundaciones de Competencia Estatal, les otorga el mismo nombre (fundaciones de competencia estatal) a las fundaciones sometidas a los Protectorados de la Administración General del Estado, es decir, las privadas sujetas a la Ley 30/94 de ámbito estatal. La confu-

sión era cierta y causó preocupación entre estas fundaciones, que de pronto se veían inmersas a estos efectos en el sector público⁷⁸, particularmente sus Presidentes como cuentadantes, así como la integración de la cuenta general de éstas en la Cuenta General del Estado.

Sin embargo, el problema pudo soslayarse en principio en el ejercicio de 1999 con una interpretación sistemática de la Ley General Presupuestaria, pues, de acuerdo con el artículo 122 de ésta, solamente las fundaciones que formen parte integrante del Sector público estatal están sometidas a la obligación de rendir cuentas al Tribunal de Cuentas por conducto de la Intervención General de la Administración del Estado.

Más adelante, y a través de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, en su artículo 43, apartado 6, se incorporó el siguiente párrafo al apartado 3 del art. 123 de la Ley General Presupuestaria: «*Se entenderá que son fundaciones de competencia o titularidad pública estatal aquellas en cuya dotación participe mayoritariamente la Administración General del Estado sus Organismos Autónomos o las demás Entidades del Sector público estatal.*»

En principio, con esta redacción quedó el problema resuelto. El control se circunscribe a las fundaciones que manejan fondos públicos procedentes de entes que realizan gasto público. La definición que emplea la Ley tiende a objetivar la vinculación económica de la fundación con la Administración con arreglo a un criterio financiero; así dispone que se consideren fundaciones de competencia o titularidad pública estatal aquellas en cuya dotación participe mayoritariamente la Administración General del Estado, sus Organismos Autónomos o las demás Entidades del Sector público estatal.

De la anterior definición cabe extraer algunas consecuencias:

- El concepto de Sector público es económico y no jurídico, en todo caso está incluido en la categoría de los conceptos jurídicos indeterminados.
- La definición de Sector público desde una perspectiva indirecta y analógica está contenida en el artículo 4 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas.
- Asimismo hay que señalar que, desde el punto de vista del Derecho español, se entiende que el Sector público está constituido por

⁷⁸ Así lo expresó el 27 de enero de 1999 el Presidente Ejecutivo de la Confederación Española de Fundaciones al Ministro de Educación y Cultura a través de la correspondiente comunicación.

aquellas entidades cuyos presupuestos se incluyen en los Presupuestos Generales del Estado. A los efectos del artículo comentado también hay que afirmar que son fundaciones de titularidad pública aquellas cuyos presupuestos se integran en los Presupuestos Generales del Estado. A *sensu contrario* el resto de fundaciones queda fuera de esta categoría y de la nueva regulación.

– Objetivamente, el elemento determinante de la sujeción al ordenamiento público financiero es la participación en la dotación de la fundación. En sentido estricto, la dotación no comprende el patrimonio general, sino únicamente aquellos bienes que legalmente reciban aquella calificación y que deben figurar registralmente inscritos como tales. Sin embargo, atendiendo a la finalidad de control de las cuentas públicas, es difícil sostener que no se considere la dotación en un sentido más amplio, como aportación de contenido patrimonial a las fundaciones por parte de las Administraciones Públicas, pues de no ser así se llegaría a la conclusión absurda de que la aportación en concepto de dotación a una fundación por importe de un millón de pesetas obliga a la fundación a someterse a los controles financieros públicos, y, sin embargo, la aportación de mil millones en concepto de mero patrimonio de esa misma Administración a una fundación similar no origina la intervención pública. Por tanto, es previsible que finalmente se asiente una interpretación amplia del concepto dotación.

– Por otra parte, subjetivamente, determina el sometimiento a la intervención financiera pública el origen de los fondos. No ofrece dudas de qué deba entenderse por Administración General del Estado, o sus Organismos Autónomos, conforme a las definiciones que contiene la LOFAGE. Más problemática puede resultar, sin embargo, la alusión genérica al Sector público estatal. A estos efectos la única referencia legal aplicable es el artículo 4.1 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, que en coherencia con la Ley General Presupuestaria (Ley 1091/1988, de 23 de septiembre) establece que integran el Sector público:

- a) La Administración del Estado.
- b) Las Comunidades Autónomas.
- c) Las Corporaciones Locales.
- d) Las Entidades Gestoras de la Seguridad Social.
- e) Los Organismos Autónomos.
- f) Las Sociedades Estatales y demás Empresas Públicas.

2. Respeto de las fundaciones públicas sanitarias

El régimen jurídico aplicable en primer lugar es el sectorial propio; en el caso de las fundaciones públicas sanitarias, el regulado por la **Ley 50/1998** (así como antecedente el art. 15 de la Ley 65/1997, de 30 de diciembre, de los Presupuestos Generales del Estado) y el **Real Decreto 29/2000**, de 14 de enero, sobre nuevas formas de gestión del INSALUD (arts. 14 a 17 y 72 a 74 inclusive), ya comentados, y en su defecto el establecido en el marco de la Ley de Regulación Jurídica de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, de la Ley General Presupuestaria y de la propia Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas.

3. Otros temas de interés

Señalaré a continuación otros temas que considero de interés abordar:

3.1. Responsabilidad penal y contable en relación con las fundaciones de titularidad pública

Los patronos de las fundaciones, sean del tipo que fueren, pueden llegar a tener **responsabilidad penal**, en particular en relación con los delitos societarios (arts. 290 y siguientes del Código Penal, L. O. 10/1995, de 23 de noviembre). El artículo 297 del Código Penal establece que: «*A los efectos de este capítulo se entiende por sociedad toda cooperativa, Caja de Ahorros, mutua, entidad financiera o de crédito, **fundación**, sociedad mercantil o cualquier otra entidad de naturaleza análoga que para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanentemente en el mercado.*» El Código a este respecto ha seguido el concepto de «operador económico», tan al uso en la normativa comunitaria, que identifica la palabra empresa con producción de bienes y servicios en el mercado, independientemente del ánimo de lucro o de su carencia.

Otro asunto más vidrioso es la **responsabilidad contable**, donde, como ha estudiado con rigor y más autoridad que la mía en este tema, PASCUAL GARCÍA (1999:173-198), no queda claro el sometimiento de los altos responsables de las empresas públicas (y por ende de las fundaciones de competencia o titularidad pública) al régimen de responsabilidades patrimoniales que la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común estableció para autoridades y funcionarios. Aunque en última

instancia, como expresa el citado autor, por aplicación de la doctrina del descubrimiento del velo, deberían responder ante el Tribunal de Cuentas.

Por lo que se refiere a las fundaciones públicas sanitarias (y por extensión a las fundaciones sanitarias constituidas al amparo de la Ley 30/94), de acuerdo con el Real Decreto 29/2000, de 14 de enero, sobre nuevas formas de gestión del INSALUD, como ya se ha analizado anteriormente, su autonomía de gestión tiene su contrapunto en los controles que se establecen para el adecuado funcionamiento de los centros y que se concretan en el articulado, así como en el respeto de los principios constitucionales aplicables a todo el ámbito del Sector público. En este sentido, la selección de personal estará presidida por los principios de publicidad, igualdad, mérito y capacidad; la contratación de bienes y servicios estará sometida a publicidad y libre concurrencia; los presupuestos se incorporarán a los Presupuestos Generales del Instituto Nacional de la Salud y, por tanto, quedarán sujetos al conocimiento y aprobación de las Cortes Generales, y por último, el control de fondos públicos se llevará a cabo por la Intervención General de la Seguridad Social y por el Tribunal de Cuentas.

3.2. *Deuda pública y fundaciones sanitarias*

De acuerdo con el artículo 101.1 de la Ley General Presupuestaria, «la Deuda Pública, en sus distintas modalidades y formas de ser documentada, podrá ser emitida o contraída por el Estado o por sus Organismos Autónomos». Asimismo se entiende por «déficit público» la Deuda pública emitida.

En el sentido indicado **no es Deuda pública**, en los términos de la Ley General Presupuestaria (concepto jurídico formal), **el endeudamiento de las fundaciones públicas**, así como **tampoco lo es el procedente de las fundaciones privadas de origen público**.

Las fundaciones pueden ser utilizadas como una vía de **reducción del déficit público**, minorándose así la Deuda pública por trasvase a otra tipología de deuda, que así sufriría una metamorfosis debido a un procedimiento de los denominados de contabilidad creativa.

Por lo que se refiere a las fundaciones sanitarias, el artículo 16.4 *in fine* del Real Decreto 29/2000, de 14 de enero, ya citado, establece que «*las adquisiciones de bienes inmuebles, así como las enajenaciones y gravámenes de bienes inmuebles propios requerirán el previo informe favorable de la Presidencia Ejecutiva del INSALUD y el acuerdo del órgano de gobierno del*

centro sanitario». Se admite el endeudamiento para adquirir bienes de inversión que puede alcanzar un valor elevado, como son los equipos médicos utilizados en los hospitales, así como para la cobertura de otras necesidades, sean o no para activos⁷⁹.

3.3. *Recapitulación final*

Las Administraciones Públicas aparecen externamente como un «iceberg»: es más grande lo que no se ve que lo que se visualiza. La complejidad del mundo actual, la competitividad y la flexibilidad como valores crecientes en la prestación de servicios, los desarrollos tecnológicos aplicados al conocimiento, la necesidad de dar respuesta a los problemas en tiempo real, la demanda social de mejores prestaciones públicas, etc., son factores que están incidiendo en la configuración de la Administración, que aparece cual la mitológica «Hídra», como una monstruosa serpiente de múltiples cabezas, a la que cada vez que Hércules le cortaba una de ellas, ésta renacía multiplicándose por dos. Pero el espejismo no debe equivocarnos, **son manifestaciones de la misma matriz.**

La búsqueda de soluciones, reales o aparentes, a los retos de la gestión no deben hacernos perder el norte estratégico en los dos casos estudiados (**fundaciones privadas de origen público o en mano pública y fundaciones públicas**), pues **en ambos supuestos se trata de fundaciones de titularidad pública.** Son entidades que forman parte del Sector público y que, en consecuencia, han de estar sometidas a los controles correspondientes, tanto internos como externos, otro asunto diferente es que sean *ex post* y no *ex ante*.

En otro orden de ideas cabe afirmar que la vida de las fundaciones sanitarias corre el riesgo de asemejarse al argumento de la obra de Tomasi di Lampedusa, *El gatopardo* (1958), genialmente llevada al cine por L. Visconti (1962); se trataba de hacer determinados cambios para que nada cambiara, o a fin de cuentas puro nominalismo.

Siguen en pie los tres grandes problemas de la sanidad española: la equidad en las prestaciones y servicios para la protección universal de la salud; la búsqueda permanente de la eficiencia económica, y el régimen estatutario del personal a su servicio.

En fin, como ha puesto de manifiesto VAQUER CABALLERÍA (1999: 165), la descentralización funcional de los servicios sanitarios del

⁷⁹ *Vid.* Dictamen del Consejo de Estado 3715/99, de 29 de diciembre de 1999, relativo al Real Decreto 29/2000.

INSALUD supone una mutación –una «reforma silenciosa»– de los dos grandes textos legales a los que afecta, que habían construido sendos modelos públicos e integrados de gestión: en lo funcional, el Sistema Nacional de Salud de la Ley General de Sanidad, y en lo económico-patrimonial, el Sistema único de Seguridad Social de la Ley General de Seguridad Social. El tiempo y los resultados producidos dictarán sentencia.

V. POST SCRIPTUM

Una vez redactado este artículo y antes de su publicación se han producido diversos hechos judiciales, políticos y jurídicos, que ya se apuntaban en la Recapitulación final, que deben ser analizados, pues la saga de las fundaciones sanitarias continúa.

En primer lugar, el conocimiento de dos pronunciamientos judiciales aplicando la doctrina del «levantamiento del velo» en el supuesto de la fundación privada de origen público, estableciendo que «si bien es formalmente persona jurídico privada, pueda equipararse en realidad a un Ente público con capital y fines también públicos que actúa en el tráfico jurídico utilizando sólo de manera instrumental la veste fundacional». (Auto T.C. 206/1999 de 28 de julio, FJ2, F. Teatro Lírico). Idéntico posicionamiento fue adoptado por el Auto de 13 de julio de 1999 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia. El FJ2 del Auto referido del Tribunal Constitucional es un torpedo en la línea de flotación de las fundaciones creadas por la Administración al amparo de la Ley 30/94 y su pretendida autonomía de gestión privada.

En segundo lugar, han de ser citados los hechos, prácticamente simultáneos, de que Galicia ha publicado sus fundaciones sanitarias a través de la Ley de Acompañamiento de los Presupuestos Generales para 2001⁸⁰ y de que el Ministerio de Sanidad ha dado marcha atrás en su plan de convertir los hospitales en fundaciones, aduciendo que lo prioritario es acelerar el proceso de transferencias a las Comunidades Autónomas (comparecencia del Secretario General de Gestión y Cooperación Sanitaria y Presidente del INSALUD en el Congreso de los Diputados el 11 de octubre de 2000)⁸¹. Múltiples razones han

⁸⁰ Vid. *El País*, de 6 de octubre de 2000 (pág. 31): «La Xunta rectifica y decide que las fundaciones sanitarias sean públicas».

⁸¹ Vid. *El País*, de 12 de octubre de 2000 (pág. 34) y *El Mundo*, de la misma fecha (págs. 1 y 30). Además de la necesaria aquiescencia de las Comunidades Autónomas, se citan otros dos factores causantes de la paralización: la acumulación de

podido motivar estas decisiones, pero probablemente el blindaje frente a futuros pronunciamientos judiciales adversos aparece como una realidad evidente. El ciclo no se ha cerrado totalmente, pues las cuatro Fundaciones Sanitarias acogidas a la Ley 30/94 continúan como tales (Alcorcón, Manacor, Calahorra y Palma II); aún es pronto para evaluar objetivamente la experiencia.

Tercera novedad, concordante con todo lo anterior y derivada de la Ley de Acompañamiento a los Presupuestos Generales del Estado para 2001; el artículo 44 de ésta modifica determinados preceptos de la Ley General Presupuestaria (LGP) que afectan al control de las fundaciones creadas por personas jurídico públicas, y por ende las sanitarias, incrementándose éste y el ámbito subjetivo de aplicación frente a la regulación anterior, tal como se estudiará a continuación. Se añade un nuevo apartado, el cinco, al artículo 6 de la LGP con la siguiente redacción:

«5. Son fundaciones estatales a efectos de esta Ley, las fundaciones en cuya dotación participen mayoritariamente, directa o indirectamente, la Administración General del Estado, sus Organismos autónomos o las demás entidades del sector público estatal. Su creación requerirá en todo caso autorización previa por parte del Consejo de Ministros.»

En consecuencia, se cambia el equívoco nombre anterior de «fundaciones de competencia o titularidad pública estatal» (ya criticado en el epígrafe IV de este artículo) por el más correcto de «fundaciones estatales»; además se amplía el concepto de participación mayoritaria, con la expresión, «directa o indirectamente» y se establece la autorización previa del Consejo de Ministros para su creación. En suma, mayor vigilancia e intervención. Paralelamente en la LGP se introduce, donde no estaba, el nombre específico de «fundación estatal» en todo el proceso de control, frente al genérico de entidades; se refuerza el papel de la IGAE (arts.100, apartado 2 y 129); y se incrementa el contenido de la memoria (subvenciones y contratos programas) a presentar junto con la rendición de cuentas (art.130, apartado 1) entre otros aspectos⁸².

quejas de los usuarios (la Fundación Hospital de Alcorcón recibió el 15% de las presentadas en todos los hospitales del INSALUD en 1999) y el rechazo del estamento médico a esta figura de gestión hospitalaria (una encuesta de la Confederación Estatal de Sindicatos Médicos muestra la oposición del 95%).

⁸² La fiebre de creación de fundaciones por el Gobierno continúa. De acuerdo con el Diario *ABC* del pasado 21/II/01, pág. 38, la Comisión Interministerial de Ciencia y Tecnología, que se reunió el 20/II/01, decidió constituir la Fundación para la Ciencia y la Tecnología, cuyos principales objetivos serán reforzar la actuación de la Agencia Nacional de Evaluación y Prospectiva e identificar grupos científicos de excelencia que merezcan un apoyo especial. También se aprobó la creación de una Fundación para la investigación del genoma humano, que dependerá de la Fundación para la Ciencia y la Tecnología.

BIBLIOGRAFÍA

- ALZAGA VILLAMIL, O.: *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1993.
- ARAGÓN REYES, M.: «Principios constitucionales», *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid: Civitas, 1995.
- BADENES GASSET, R.: *Las fundaciones de Derecho privado, Doctrina y Textos legales*, Barcelona: Acervo, 1977.
- BENITO RUIZ, L.: «Informe sobre las fundaciones en España», en *Organizaciones Voluntarias en España*, Barcelona: Hacer, 1992.
- CABRA DE LUNA, M. A.: «El Protectorado sobre fundaciones benéfico-asistenciales», en *Cuadernos de Acción Social*, núm. 4, Madrid, 1987.
- : *El Tercer Sector y las fundaciones de España hacia el nuevo milenio. Enfoque económico, sociológico y jurídico*, Madrid: Escuela Libre Editorial, 1998.
- CAFFARENA LAPORTA, J.: «Competencia de las Comunidades Autónomas en materia de fundaciones», en *Competencia en materia civil de las Comunidades Autónomas*, Madrid: Tecnos, 1989.
- : «Constitución, modificación y extinción de las fundaciones», en DE LORENZO GARCÍA, R., y CABRA DE LUNA, M. A. (Coord.): *Presente y futuro de las fundaciones*, Madrid: Civitas, 1990.
- : *El Régimen jurídico de las fundaciones. Estudio para su reforma*, Madrid: Ministerio de Asuntos Sociales, 1991.
- : *Comentarios del Código Civil*, Tomo I, Madrid: Ministerio de Justicia, SGT-Centro de Publicaciones, 1993.
- : «El negocio fundacional y la constitución de fundaciones», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, XXXIV, 1995.
- : «Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales», en *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, Madrid: Escuela Libre Editorial, Marcial Pons, 1995.
- CAPILLA RONCERO, F.: *La persona jurídica: fundaciones y disfunciones*, Madrid: Tecnos, 1993.
- DE LORENZO GARCÍA, R.: *El nuevo Derecho de fundaciones*, Colección Solidaridad, núm. 3; Madrid: Fundación ONCE; Marcial Pons, 1993.
- DE PRADA GONZÁLEZ, J. M.: «Aspectos notariales de la Ley de Fundaciones», en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 11, Madrid, 1994.

- DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *El Sistema de Derecho Civil*, Vol. I, Madrid: Tecnos, 1982.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, T. R.: *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid: Civitas, 1986.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: «Constitución, fundaciones y sociedad civil», en *Revista de Administración Pública*, núm. 122, 1990.
- : «Constitución, Fundaciones y Sociedad Civil», en *Las fundaciones y la sociedad civil*, Madrid, 1992.
- GARRIDO FALLA, F.: «La acción administrativa sobre la beneficencia privada, y en especial sobre las fundaciones de este carácter», en *Centenario de la Ley del Notariado*, Sección Tercera, Vol. IV, Madrid: Instituto Editorial Reus, 1963.
- : *Comentarios a la Constitución: Artículo 34*, Madrid: Civitas, 1980 y 1985.
- : «Artículo 34 C.E.», en *Comentarios a la Constitución*, Madrid: Civitas, 1980 y 1985.
- GOMEZA VILLA, J. L.: Intervención en la obra *Consideraciones sobre tratamiento jurídico y fiscal de las fundaciones españolas*, Bilbao: Centro de Fundaciones, Documenta, Fundación BBV, 1994.
- HERRERO RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, M.: «La regulación de las fundaciones en los Estatutos de Autonomía: visión general», en *Las Fundaciones y los Estatutos de Autonomía*, Colección Temas de Fundaciones, núm. 4, Madrid: Centro de Fundaciones, 1979.
- LACRUZ BERDEJO: «Aportación para una futura Ley de Fundaciones», en *Hacia un nuevo estatuto de las fundaciones en España*, Madrid: Centro de Fundaciones, 1979, Temas de Fundaciones, núm. 2.
- : «Las fundaciones en la Constitución española», en *Anuario de Derecho Civil*, núm. 4, octubre-diciembre 1983.
- : *Parte general de Derecho Civil*, Vol. II, *Personas*, Barcelona: Bosch, 1990.
- MALUQUER DE MOTES, C.: *La fundación como persona jurídica en la codificación civil: De vinculación a persona*, Barcelona: Publicaciones de la Universidad de Barcelona, 1988.
- MENDOZA OLIVÁN, V.: «Tipología de las leyes en la Constitución», en *La Constitución Española y las fuentes del Derecho*, Madrid, 1979.
- MORELL OCAÑA, L., y RUIZ OJEDA, A.: «La técnica fundacional como instrumento de gestión administrativa en el Derecho Público», en *Manual de Fundaciones*, Madrid: Civitas, 1999.

- MUÑOZ MACHADO, S.: *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, 2 Vols., I, Madrid: Civitas, 1982 y 1984.
- : «Las fundaciones en la constitución», en DE LORENZO GARCÍA, R., y CABRA DE LUNA, M. A. (Dirs.), *et al.: Presente y futuro de las Fundaciones*, Madrid: Civitas, 1990.
- PAREJO ALFONSO, L.: «Prólogo» en VAQUER CABALLERÍA, M.: *Fundaciones públicas y fundaciones en mano pública. La reforma de los servicios públicos sanitarios*, Madrid: Marcial Pons, 1999.
- PASCUAL GARCÍA, J.: «Fondos públicos y responsabilidad contable», en *Revista Española de Control Externo*, 1999, núm. 2.
- PIÑAR MAÑAS, J. L.: «Las fundaciones y la Constitución Española», en *Estudios sobre la Constitución Española, Homenaje al profesor García de Enterría*, Madrid: Civitas, 1991.
- : «Comentarios a la Ley de Fundaciones», en *Comentarios a la Ley de Fundaciones e Incentivos Fiscales*, Madrid: Escuela Libre Editorial, Marcial Pons, 1995.
- : «Fundaciones constituidas por entidades públicas. Algunas cuestiones», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 97, Madrid: 1998.
- : «Las Fundaciones sanitarias. De la perplejidad a la confusión, pasando por la demagogia», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, III ÉPOCA, N.º 1, Madrid, enero-febrero, 2000.
- REAL PÉREZ, A.: Intervención en *En torno a la Ley 30/1994, de Fundaciones e Incentivos Fiscales, Encuentros de Toledo*, Madrid: Centro de Fundaciones y Fundación San Benito de Alcántara, 1995.
- REBOLLO ÁLVAREZ-AMANDI, A.: *La nueva Ley de Fundaciones*, Madrid: Centro de Estudios Financieros, 1994.
- ROCA GUILLAMÓN; MARTÍN MATEO, (Dir.): «Comentario al artículo 31.23», en *Comentarios del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana*, 1985.
- ROCA ROCA, E.: *Fundación, Mecenazgo y Derecho*, Granada: Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1996.
- RODULFO, J.: *Las fundaciones laborales: problemática actual y régimen jurídico*, Madrid: Fundación Laboral de Servicios Asistenciales del INI, 1992.

- ROJAS MONTES, L.: *La fundación: instrumento privado de intereses generales*, Granada: Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1996.
- RUBIO LLORENTE, F.: Ponencia en el «Panel sobre el presente y futuro de las fundaciones en España», en DE LORENZO, R., y CABRA DE LUNA, M. A. (Dir.): *Presente y futuro de las fundaciones*, Madrid: Civitas, 1990.
- SAINZ MORENO, F.: *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad*, Madrid: Civitas, 1976.
- SAVIGNY: *Sistema del Derecho romano actual*, trad. esp., Tomo II, Madrid, 1879, 2.^a ed.
- SERRA RODRÍGUEZ, A.: *Las fundaciones: elementos esenciales y constitución*, Valencia: Editorial Práctica del Derecho, 1995.
- TOMÁS Y VALIENTE, F.: «La Constitución española y las fundaciones», en *Consideraciones sobre el tratamiento jurídico y fiscal de las fundaciones españolas*, Bilbao: Fundación BBV, Centro de Fundaciones, 1994.
- VAQUER CABALLERÍA, M.: *Fundaciones públicas y fundaciones en mano pública. La reforma de los servicios públicos sanitarios*, Madrid: Marcial Pons, 1999.
- YUSTE GRIJALBA, J. L., y DEL CAMPO ARBULO, J. A.: «Apuntes históricos sobre fundaciones en España», en *Revista Situación*, núm. 4, Bilbao: Servicios de Estudios del BBV, 1989.